بلغة الطالب

في التعليق على بيع المكاسب

تقرير أبحاث

سماحة الحضرة آية الله العظمى

السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

السيد علي الحسيني الميلاني

(الجزء الأول)

بسم الله الرحمن الرحیم

بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب

کاتب:

آیت الله سید محمدرضا گلپایگانی

نشرت فی الطباعهٔ:

خیام

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب

اشاره

سرشناسه : گلپایگانی، محمدرضا، ۱۳۷۲ - ۱۲۷۷

عنوان و نـام پدیـدآور : بلغه الطـالب فی التعلیق علی بیع المکـاسب/ تقریر محمـدرضا الموسوی گلپایگانی؛ بقلم علی الحسـینی المیلانی

مشخصات نشر : [قم؟: ۱۳۹۹ق. = ۱۳۵۷ - (قم: مطبعه الخیام).

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : خرید و فروش (فقه)

شناسه افزوده : حسینی میلانی، علی

شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴ق. المکاسب. حاشیه

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف ۸م ۷۰۳۸ ۱۳۵۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۶۵-۱۹۷۵

ص :۱

اشاره

مقدمه المؤلف

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ اَلْحَمْدُ لِلّٰهِ رَبِّ الْعٰالَمِينَ اَلرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ مٰالِكِ يَوْمِ الدِّينِ وصلى الله على أفضل سفرائه المقربين محمد المبعوث رحمه للعالمين ثمّ الصلاه و السلام على آله و عترته الطيبين الطاهرين و اللعنه على أعدائهم إلى يوم الدين و بعد فان شرف العلم لا يخفى و فضله لا يحصى قد ورثه اهله من الأنبياء و قد فضل الله مداد العلماء على دماء الشهداء فنالوا بذلك الدرجات العلى و ممن ملك بيد السلف الصالح فى طلب العلم و الفضيله فضيله العلامه تقه الإسلام السيد على نجل العلامه حجه الإسلام السيد نور الدين و حفيد المرحوم المبرور سماحه آيه الله السيد محمد هادى الميلانى تغمده الله برحمته فحضر ابحاثنا الفقهيه العليا حضور تفهم و تحقيق و تعمق و تدقيق و صرف زهره شبابه و اتعب نفسه كتبا و ضبطا لمحاضراتنا فى الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه و قد سرحنا النظر رغم تراكم الأعمال و اشتغال البال فى قسم مما دونه فى هذا الكتاب(بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب) للمرحوم المغفور له الشيخ المرتضى الأنصارى اعلى الله مقامه فوجدناه وافيا بالمراد حسن التعبير بديع الأسلوب تبويبا مما يدل على ذكائه و تعمقه فلله تعالى دره و عليه سبحانه اجره و الله تبارك و تعالى اسأل أن يوفقه لمراضيه إنه ولى التوفيق و السلام عليه و رحمه الله و بركاته.غره ربيع الثانى ۱۳۹۹ ه.محمد رضا الگلپايگانى

مقدمه المقرر

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

اَلْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِينَ ،و الصلاه و السلام على سيدنا محمد و آله الطاهرين،و لعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين و الآخرين.

و بعد:فهذه بحوث فقيهه عاليه و تحقيقات علميه شامخه،دونتها من المحاضرات التى ألقاها سيدنا الأستاذ الأكبر الفقيه العظيم و المحقق الشهير آيه الله العظمى السيد محمد رضا الموسوى الگلپايگانى دام ظله العالى على فضلاء الحوزه العلميه بجامعه العلم الكبرى(قم المقدسه) فى كتاب البيع.

و قد تفضل سماحته دام ظله الشريف فلاحظها و أقرها و أبدى رأيه الكريم حولها.

و لما كان عنوان بحثه كتاب المكاسب لعلم التقى و أستاذ الفقهاء الشيخ المرتضى الأنصارى أعلى الله مقامه فقد حررت ما أفاده بطريق

التعليقه على الكتاب،و سميته ب(بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب).

و انى إذ أقدم هذه البحوث إلى زملائى الفضلاء و إخوانى العلماء ابتهل إلى الله عز و جل أن يمتعنا و الامه الإسلاميه بدوام وجود سيدنا الأستاذ و يمن علينا ببركاته انه سميع مجيب.

قم المقدسه على الحسينى الميلانى

کتاب البیع

اشاره

ص :۷

حقیقه البیع

قال الشیخ"قده": البیع و هو فی الأصل کما عن المصباح مبادله مال بمال.

أقول:لأبـد من الوقوف علی معنی البیع و حقیقته فی اللغه و العرف،و انه هل له حقیقه شـرعیه أولا،لیتسـنی لنا التمسک بعمومات البیع صحه و فسادا و غیر ذلک.

قال فی المصـباح:"و الأصل فی البیع مبادله مال بمال،لقولهم بیع رابـح و بیع خاسـر،و ذلک حقیقه فی وصف الأعیان،لکنه أطلق علی العقـد مجازا لأنه سـبب التملیک و التملک..إلـخ"فهو یری أنه قد أخذ فی مفهوم البیع کون المال عینا لا منفعه،و ان إطلاقه علی العقد مجاز من باب إطلاق المسبب علی السبب.

و لقد کثر الکلام حول حقیقه البیع،فعباره المصباح تفید أن البیع هو المبادله بین المالین،بمعنی کون الثمن ملکا للبائع بالبیع

و صیروره المثمن ملکا للمشتری.الا أن ظاهر قول البائع "بعت"و قول المشتری "اشتریت"و عملهما هو التبدیل،لکن الحاصل من ذلک هو المبادله و ان لم تکن مقصوده لهما بمعنی تحقق ملکیه کل منهما لما کان ملکا للآخر.

و بما ذکرنا ظهر اندفاع ما أورده بعضهم قائلا:ان الاولی أن یقال "تبدیل مال بمال"،و ان کان التعریف بالتبدیل صحیحا أیضا باعتبار النظر إلی ما هو المقصود من المتبایعین.

و قیل:ان البیع تملیک مال بمال.و أشکل علیه بأن التملیک إیجاد السلطنه و لیس بیعا.

وفیه:ان الباء هذه للمقابله،أی جعل المال ملکا فی قبال الأخر، فهو کالتعریف بالمبادله و لا غبار علیه،و کان الاشکال قد نشأ من توهم تعلق الباء ب"تملیک.."و هو خلاف الظاهر.

و الملکیه فی اصطلاح الفقهاء أمر اعتباری متقوم بالمالک و المملوک،فبالبیع الواحد تتحقق اضافه بین البائع و الثمن من جهه و بین المشتری و المثمن من جهه أخری.و هی من الوضوح بحیث لو أرسل الصبی إلی السوق لشراء شیء ما فهم ما هو المراد من البیع و الشراء،و هو یعلم ان هذا الثمن سیصبح للبائع فی مقابل المثمن الذی سیأخذه منه،فالحاصل من البیع صیروره مال البائع للمشتری و مال المشتری للبائع،و هذا المعنی یفهمه کل احد.

ص:۱۰

معانی البیع

ثمّ "البیع "یستعمل فی فعل البائع و فعل المشتری معا،و فی کتب اللغه انه موضوع لکل منهما،فهو من الأضداد.نعم الأکثر استعماله فی الأول.

و أما الفقهاء:فتاره یریدون من البیع عمل البائع أی باذل السلعه و أخری المعامله الخاصه المتحققه من فعل المتعاملین فی قبال المعاملات الأخری کالصلح و الإجاره..و هذا هو مرادهم من عنوانهم "کتاب البیع "فی الکتب الفقهیه،و هو أیضا المراد فی قوله تعالی "أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ.. " .و ثالثه یقصدون من البیع السبب و هو "العقد" المرکب من الإیجاب و القبول.

و کان مراد صاحب المصباح هو المعنی الثانی من هذه المعانی و انما عبر ب "المبادله "لأنها عنوان منتزع من جعل کل من المتبایعین العلقه الحاصله له بالنسبه إلی ملکه للآخر،فتعریفه ناظر إلی هذا الامر الانتزاعی الحاصل من تحقق منشأ الانتزاع کما أشرنا الیه سابقا.

هذا،و الظاهر أن البائع یقصد أولا و بالذات نقل عینه إلی المشتری و انتقال عین المشتری إلی نفسه،و ان المشتری یقبل ذلک و أما السلطنه و الملکیه لکل منهما بالنسبه إلی ما للآخر فتحصل بالتبع، فلیسا مقصودین بالأصاله،و هذا هو المرتکز العرفی و علیه سیرتهم.

و علی هذا فمن عرف البیع ب "تملیک مال بمال "فقد نظر إلی

هـذا الحيث البنـائی المقصود،کان ان التعريف ب"مبادله مال بمال" ناظر إلی المفهوم المنتزع من فعل المتبايعين و عقـدهم کما تقدم،و ان التعريف ب"العقد بينهما"ناظر إلی سبب تحقق هذا الموضوع البنائی عند العرف و الشرع بناء علی اعتبار الصيغه.

و بمـا ذکرناه ظهر أن اختلافهم فی التعبير و التعريف انما هو لأجل الاختلاف فی النظر و اللحاظ،کما علم أن حقيقه البيع هو بناء کل من المتبايعين علی إيجاد علقه الملکيه بالنسبه إلی ماله للآخر.

تعريف البيع فی الکتب الفقهيه

هذا،و لقد اختلفت کلمات الأصحاب فی تعريف"البيع":

ففی المبسوط"انتقال عين مملوکه من شـخص إلی غيره بعوض مقدر علی وجه التراضـی"،و فی النافع"الإيجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العين المملوکه من مالک إلی غيره بعوض مقدر"،و فی جامع المقاصد "و الأقرب أن البيع هو نقل الملک من مالک إلی آخر بصيغه مخصوصه"، و فی المستند"نقل الملک بعوض من مالک إلی آخر بعقد مخصوص".

أما الشيخ"قده"فقد عرفه بعد مناقشه تلک الکلمات بقوله "فالأولی تعريفه بأنه إنشاء تمليک عين بمال".

و الظاهر أن المراد من"البيع"فی قوله تعالی "أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ" هو المعامله المتـداوله بين الناس،لا خصوص ما يصـدر من البائع أو المشتری.و هذا البيع بهذا المعنی يتحقق من اجرائهما العقد المخصوص،

ثمّ العرف يعتبره بيعا و يرتب عليه الاثر،ثمّ الشارع كذلك ان كان جامعا للشرائط التى يعتبرها.

و قد ذكر بعضهم:ان المتبادر من قول زيد"بعت دارى لعمرو أمس"إجراؤه العقد معه،و ان المراد من قول الفقهاء"كتاب البيع" هو العقد الذى تترتب عليه الإثار فيما اذا كان جامعا لشرائط الصحه و قيودها، فكأن الباب معقود لذكر تلك الشرائط المعتبره فى الإيجاب و القبول المتحقق بهما"البيع"و غير ذلك.

ثمّ المسبب من الإيجاب و القبول فعل آخر،و هو النقل بالمعنى المصدرى تاره و الانتقال أخرى،الا اذا أريد من النقل المعنى الاسم مصدرى،فانه حينئذ و الانتقال بمعنى واحد.

و على هذا فليس مراد الفقهاء من هذه الكلمات تعريف حقيقه البيع،فالإشكال على"الانتقال"أو غيره فى غير محله.و عندنا ان هذه التعاريف كلها صحيحه و قد لوحظ فى كل واحد منها جهه من الجهات.

و أما قول الشيخ"قده"بأنه"إنشاء تمليك.."فغير واضح، إذ ليس"بعت"بمعنى"أنشأت التمليك".و لعله"قده"يريد إنشاء تمليك عين بعقد مخصوص،و هذا الإنشاء من البائع يتوقف اعتباره عند العرف على تعقبه بإنشاء من المشترى،ثمّ الشارع يرتب الاثر عليهما ان كانا جامعين لشرائط الصحه المعتبره.و على هذا فهو كالتعريف بأن "البيع عباره عن الإيجاب و القبول..إلخ"اذا الإيجاب و القبول مشروطان بالإنشاء لا محاله.

ص :۱۳

المال و حقيقته

ثمّ انه لم يقيد فی جمله من الکلمات بالمال،بل قیدوا بالعین کما فی المبسوط من أنه"انتقال عین مملوکه"و ظاهره عدم اشتراطهم المالیه فی المبیع،فما هو المال ؟ و هل المالیه شرط ؟ لقد قیل:المال ما یبذل بإزائه المال،و لکن هذا لا یفید مفهوم المال.و قیل:هو ما یعبر عنه فی الفارسیه ب"پناهگاه"،و هذا غیر معلوم صحته.نعم لا یبعد تفسیره بالفارسیه ب"ارزش دار".مثلا:الماء علی شاطئ البحر لا یقع علیه البیع لعدم المالیه و لکن اذا حاز منه أحد فی اناء و ابتعد قلیلا عن البحر حصلت له مالیه و لذا لا یجوز التوضی به من دون رضا صاحبه الا أن هذه المالیه عارضه علیه من قبل غرض التوضی به مثلا فهل یقع البیع علیه حینئذ عرفا ؟ قد یقال:ان مالیه الأشیاء کلها تابعه لآثارها و فوائدها اما بالأصاله و اما بالعرض بالنسبه إلی العرف و العقلاء بصوره عامه،و أما حاجه أحد الافراد الیه لغرض شخصی تعلق به اتفاقا فلا توجب أن یکون الشیء ذا ثمن و ما لا عند العقلاء.و کل شیء لم یعتبره العقلاء مالا لم یصححوا بیعه و شراءه،و حینئذ لا یرتب علیه الشارع الاثر،فیکون البیع باطلا.

فاذن لا بد من اشتراط المالیه.

و قد یقال:یکفی فی المالیه و صحه المعاوضه کون الشیء متعلقا للغرض و لو بنحو الموجبه الجزئیه و علیه فلا یشترط المالیه و یصح

ص:۱۴

تعریف الشیخ "قده" فی المبسوط.

قلت:الامر راجع إلی نظر العرف فلیتأمل.

المبیع و اختصاصه بالأعیان

ثمّ انه قد استظهر الشیخ "قده" اختصاص المعوض بالعین فقال "و الظاهر اختصاص المعوض بالعین فلا یعم ابدال المنافع بغیرها".

و أما العوض فجوز أن یکون منفعه بلا اشکال قائلا "و أما العوض فلا اشکال فی جواز کونه منفعه.."لکن فی کلام بعضهم اشتراط کون العوضین عینا،و فی کلام آخرین صحه المعامله حتی اذا کانا منفعه.

أقول:ان الادله الشرعیه منزله هنا علی ما هو الواقع عند العرف، إذ لا حقیقه شرعیه للفظ "البیع "و عدم قیام الإجماع علی اشتراط "العین " فی المبیع..فلیراجع عمل العرف ! و قد وردت روایات فی بیع سکنی الدار التی لا یعرف صاحبها. (۱)

۱- ۱) أما روایه بیع سکنی الدار التی لا یعرف صاحبها فهی ما رواه الشیخ قدس سره باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن علی بن رئاب و عبد الله بن جبله عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح علیه السلام قال:سألته عن رجل فی یده دار لیست له و لم تزل فی یده وئد آبائه من قبله قد أعمله من مضی من آبائه انها لیست لهم،و لا یدرون لمن هی،فیبیعها و یأخذ ثمنها ؟ قال:ما أحب أن یبیع ما لیس له.قلت:فانه لیس یعرف صاحبها و لا یدری لمن هی،و لا أظنه یجئ لها رب ابدا.قال:ما أحب ان یبیع ما لیس له.قلت:فیبیع سکناها أو

و فى بيع خدمه العبد المدبر (۱) ..

و أجيب عن ذلك بأنه"مجاز بإراده الإجاره".

وفيه نظر،إذ لو كـان المراد من"البيع"هو"الإجـاره"لردعه الامام عليه السـلام عن التعبير بلفظ"البيع"فى المقام و أمره بالإجاره،بل المنافع تباع و تشترى فى العرف كالاعيان،و الروايات مؤيده لعملهم مكانها فى يده فيقول:أبيعك سكناى و تكون فى يدك كما هى فى يدى ؟ قال:

نعم يبيعها على هذا.

وسائل الشيعه ۱۲ / ۲۵۰ الباب الأول من أبواب عقد البيع من كتاب التجاره.

و هذه الروايه موثقه بإسحاق بن عمار و غيره.

(۱)و هى روايات:

(منهـا)مـا رواه الشـيخ قـدس سـره باسـناده عن الحسـين بن سـعيد عن فضاله عن ابان عن ابى مريم عن ابى عبـد الله عليه السـلام قال:سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر،أ يطؤها ان شاء او ينكحها أو يبيع خدمتها حياته ؟ فقال:أى ذلك شاء فعل.

(و منهـا)مـا رواه عنه عن القـاسم بن محمـد عن على قـال:سـألت أبـا عبـد الله عليه السـلام عن رجـل أعتـق جـاريه له عن دبر فى حياته.قال:ان أراد بيعها باع خدمتها فى حياته،فإذا مات اعتقت الجاريه،و ان ولدت أولادا فهم بمنزلتها.

(و منها)ما رواه الشـيخ""قده"باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن ابراهيم بن هاشم عن النوفلى عن السكونى عن جعفر بن محمد عن ابيه عن على عليه السلام قال:باع رسول الله صلى الله عليه و آله خدمه المدبر و لم يبع رقبته.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۶ / ۷۴ كتاب التدبير،الباب الثالث.

و لا ـ وجه لحملها على المجـاز.و الفرق بين "الإجـاره" و "البيع "حينئـذ هوانه فى البيع تبـاع المنفعه رأسـا،و أما فى الإجاره فيسـلط المستأجر على العين لاستيفاء منافعها (۱) .

الكلام فى بيع الكلى

و سواء كان البيع مختصا بنقل الأعيان أو يعم المنفعه و الحق، فانهم قالوا بصحه بيع الكلى سواء كان من قبيل النصف المشاع من الـدار مثلا،أو من قبيل الصاع من الصبره المعينه،أو كان فى الـذمه كأن يبيع المقـدار الكذائى من الحنطه،فانه يصح حتى و ان لم يكن مالكا له حينئذ،بل لا يوجد فى الخارج حنطه أصلا حتى زمان التسليم.

و كذا يصح فيما اذا كان المبيع كليا فى ذمه الغير و هو "الدين ".

و قـد أشـكل فى بيع الكلى مطلقا:بأن الملكيه من الاعراض و العرض لا يحتاج إلى المحل و الكلى ليس موجودا فكيف يباع ؟ و هذا الاشكال يأتى فى الصلح و الإجاره إذا كان مال الإجاره كليا.

و أشكل بالنسبه إلى الكلى فى الذمه خاصه:بأن البائع ليس مالكا للحنطه الآن "و ان كانت ذمته معتبره "،و ليس المبيع موجودا مع أنه

---

۱ – ۱) قـال السـيد الأسـتاذ دام ظله فى تعريف الإجـاره:"الظـاهر ان حقيقتهـا اعتبـار اضافه بين العين و المسـتأجر مسـتتبعه لملك المنفعه أو العمـل و التسـلط على العين لاستيفائهمـا،و لـذا تسـتعمل ابـدا متعلقه بالأعيان و يقال:آجرت الـدار مثلا" تعليقه العروه الوثقى.

قد تقدم أن البيع مبادله مال بمال.

و أيضـا:انه لأـبيع الاـ فى ملك،فكيف يملك الإنسان ما فى ذمته ؟ و أجيب عن الأول بوجوه أصـحها:ان الملكيه و ان كانت من الاـعراض لكنها ليست كالاعراض الخارجيه كالسواد و البياض،بل انها فى الحقيقه أمر اعتبارى عقلائى.و حينئـذ فان من الممكن اعتبار هـذا المبيع موجودا،فيعامل معامله الموجود الخارجى حيث انه فى عهده البائع،و قد تعلقت الملكيه بهذا الموجود،و لا يلزم أن يكون متعلق الملكيه أمرا متحققا فى الخارج.

و أمـا بنـاء على مـا اختـاره بعضـهم من أن الملكيه أمر واقعى لكنهـا كسـائر الأـمور الـواقعيه الـتى لاـ نتمكن من درك مفـاهيمها كالنجاسه و الطهاره فالإشكال غير مندفع كما هو واضح.

و قد أجاب المحقق النراقى "قده":بأنه لا يلزم فعليه الملك عند النقل بل اللازم هو فعليه النقل.

وفيه:ان النقـل أيضا من الأمور ذات الإضافه،فكيف يكون النقل فعليا و المنقول ليس فعليا ؟ و أجيب:بأن الكلى موجود بوجود ما يفرض من أفراده.

وفيه:ان أريـد وجـوده فى الخـارج فربمـا لاـ يكون هنـاك له افراد أصـلا،و ان أريـد وجوده فى الـذهن فيرجع إلى الاعتبـار و هو الجواب الأول.

و قد أجيب بوجوه اخرى،و هى اما مخدوشه و هى اما مخدوشه و اما ترجع إلى الوجه الأول.

ص :۱۸

و الجواب عن الثانی هو:ان المال فی الذمه یعد مالا عند العقلاء و لذا یبذلون بإزائه المال.

و عن الثالث:انه لما یتعهد تسلیم الحنطه فی حینه یعتبر العقلاء ملکیه للمتعهد به و یرتبون علیه الاثر،کما یعتبرون الملکیه آنا ما لمن اشتری أحد عمودیه لأجل أن ینعتق علیه..(و لا یشترط تحقق المالیه للشیء قبل "البیع "یکفی تحققها بنفس التعهد فی حین المعامله، نظیر عمل الحر،فانه کما ذکروا لا مالیه له بالذات لکنها تتحقق له بنفس تعهده للعمل).

هذا کله بالإضافه إلی الإجماع القائم علی صحه بیع الکلی و الدین.

فتلخص:ان البیع عندهم لنقل الأعیان بخلاف الإجاره فهی لنقل المنافع.

و قد تقدم منا الاشکال فیه.و قد جاء فی بعض الروایات وقوع البیع علی خدمه العبد المدبر (۱) ،کما استعمل لفظ البیع فی الأراضی الخراجیه فی طائفه من الروایات (۲) ،مع ان المنقول منافعها لا أعیانها، و کذا فی سکنی الدار التی لا یعلم صاحبها،حیث عبر بالبیع،و قد قال

ص: ۱۹

۱- ۱) تقدم فی الهامش سابقا ذکر روایات فی ذلک.

۲- ۲) راجع باب حکم الشراء من أرض الخراج و الجزیه،و باب احکام الأرضین من کتاب الجهاد من وسائل الشیعه ۱۱ / ۱۱۸ ۱۱۹ و تجد ذلک ایضا فی کتاب احیاء الموات و غیره منه.

الشیخ "قده "فی الجواب عن هذه الروایات "انها مسامحه فی التعبیر " لکنه دعوی بلا دلیل کما تقدم.

و علی هذا فلا مانع من أن یکون المبیع حقا أو منفعه،نعم الأکثر کونه عینا کما انه لا مانع من نقل المنافع بالبیع،کأن یقال "بعتک منفعه هذه الدار "و ان کان الأکثر نقلها بالإجاره و تتعلق حینئذ بنفس العین،فیقال مثلا "آجرتک الدار لمده کذا ".

الکلام فی عوض المبیع

قال الشیخ "قده ": و اما العوض فلا اشکال فی جواز کونه منفعه.

أقول:ان جعل أحدهما عوضا و الآخر معوضا جاء من قبل قولهم "بعتک هذا بهذا "،و الا فان کلا منهما یعطی فی مقابل الأخر،فالفارق هو الاعتبار.فهم اعتبروا ما یحصل ملکیته بالإیجاب معوضا و ما یحصل تملیکه بالإیجاب عوضا.و لکن اعتبر اکثر الفقهاء العینیه فی المعوض و لم یشترطوها فی العوض،فیصح عندهم أن یکون منفعه.و لما کانت المنفعه مالا عرفا صح وقوعها عوضا عما یعد مالا،فیصدق حینئذ المبادله بین المالین،فیقال "بعتک هذا الثوب بالخدمه الکذائیه "،الا ان هذا عند العرف قلیل،بل الأکثر فی مثل ذلک الإجاره لا البیع.لکن ادعی انه لأخلاف بین الفقهاء فی صحه هذا البیع کما عن العلامه "قده ".

و عن بعضهم اشتراط العینیه فیه کذلک.و لعله لندره وقوع المنفعه عوضا فی البیع عند العرف کما هو کذلک.

ص :٢٠

و احتمل الشيخ "قده "كونه من جهه "ما اشتهر فی كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان "فأجاب بأن "الظاهر ارادتهم بيان المبيع. ".

و هذه المنفعه المذكوره يقال لمن يملكها انه ذو مال،كما انه ليس فقير شرعا.

هل يقع عمل الحر عوضا ؟

و أما عمل الحر و هو من المنافع فهل يجوز وقوعه عوضا، كأن يقول "بعتك هذا الثوب بخياطه هذا الثوب "أو "بعتك هذا الثوب بكتابه هذا الكتاب "؟ قالوا:ان عمل الحر بعد المعاوضه مال،فتكون خياطه الثوب أو كتابه الكتاب ملكا لصاحب الثوب،و يجوز له حينئذ أن يبيع هذا العمل لثالث فی مقابل شیء،و انما الكلام فی ماليته قبل المعاوضه.

أقول:ان هذه المسأله تترتب عليها آثار كثيره فی موارد عديده:

منها:انه ان كان عمله(سواء كان صنعه أو حرفه أو خدمه)ما لألم يجز له الأخذ من الزكاه و تجب عليه الفطره و ان لم يكن ذا مال بالفعل إذ المفروض أنه يمكنه العمل و تحصيل المئونه.و أما اذا اشترط الماليه الفعليه فليس مالكا لشیء ،فيصدق عليه عنوان "الفقير "و تترتب الإثار المترتبه عليه.

و منها:مسأله الحج..

و منها:مسأله الحجر علی المفلس،فمن حجر عليه التصرف

فی أمواله لأجل الإفلاس فهل یحجر علیه التصرف و الاستفاده من عمله فیؤجر نفسه و یؤخذ مال الإجاره و یقسم بین الغرماء کسائر أمواله کما هو الشأن فی العبد فان عمله لمالکه کنفسه أو ان متعلق حق الغرماء هو أمواله التی کانت له قبل الحجر و أما عمله فلنفسه و الأجره له ؟ و بالجمله:ان کان عمل الحر مالا صح وقوعه عوضا لما تقدم من تحقق المالیه له بالتعهد،و الا فلا بناء علی اشتراط المالیه فی العوضین.

و الحق هو الأول،فانه مال کعمل العبد بلا فرق بینهما من هذه الجهه،فکما یبذل المال بإزاء عمل العبد فانه یبذل بإزاء عمل الحر عرفا.

نعم فی الحر أحکام توهم الفرق،مثلا لو حبس شخص عبدا ضمن لمالکه عینه و عوض عمله،دون الحر فانه لا ضمان علیه.

لکن لعل عدم الضمان من جهه عدم القدره علی التسلط علی عمله بخلاف العبد.

فالحق هو القول الأول(و ان احتمل الإجاره فی مثل هذه الموارد دون البیع)فان عمل الحر فی حد نفسه مال سواء قبل المعاوضه و بعدها،و مجرد تعهده و التزامه یکفی لصحه المعامله و یصلح العمل للمالیه.و بالجمله:المعامله صحیحه بناء علی صحه وقوع المنفعه عوضا،فانه أی عمل الحر مال بناء علی اشتراط المالیه فی العوضین کما فی عباره المصباح.

نعم،لو قیل ان العمل لیس مالا مطلقا لم یقع عوضا مطلقا.

ص :۲۲

الكلام فی الحقوق و أقسامها و وقوعها عوضا

قال الشیخ"قده": و أما الحقوق الأخر کحق الشفعه و حق الخیار...

أقول:الفرق بین المعاوضه علی"العین"و المعاوضه علی "الحق"واضح،ففی الاولی ینتقل إلی المشتری متعلق السلطنه و فی الثانیه ینتقل الیه نفس الحق الذی صح وقوعه عوضا.

و الحقوق علی قسمین کما أشار الیه"قده"،و لا بد أولا من الوقوف علی حقیقه"الحق"فنقول:

[الحق]

سلطنه:

اما علی العین الخارجیه التی هی ملک للغیر کتعلق حق المرتهن بمال الراهن،فله"حق"استیفاء دینه ببیع مال الراهن فیما اذا لم یؤد الدین عند حلول الأجل المعین.

و اما علی مال لیس ملکا لأحد کحق التحجیر.

و اما علی عین خارجیه لا تعد مالا شرعا کالخمر،فان من انقلب خله خمرا له حق الأولویه فی التصرف فیه من غیره،فله أن یبقیه حتی ینقلب خلا أو یفعل به ما شاء علی قول.

و اما علی شیء لیس عینا فی الخارج کحق القصاص،قال الله تعالی" وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِیِّهِ سُلْطاناً. " (۱) .

و اما علی غیر الشخص کحق الخیار،فانه یتعلق بالعقد،فذو

۱- ۱) سوره الاسراء:۳۶.

الخيار له أن يفسخ العقد و له ان لا يفسخ.

و ربما يقال فى الأخيرين:انه حق متعلق بالعين،و هو الشخص الذى يكون مورد القصاص و المال الذى وقع العقد عليه و اشترط فيه الخيار فيملكه بفسخ العقد.و من هنا قيل:لو أتلف غير ذى الخيار المال ضمنه له ان فسخ العقد،لأنه مال تعلق به حق الغير.

و فى حق القصاص تردد فهل هو متعلق بالشخص أو بالمال ؟ فان قلنا بجواز تقاص الدائن من مال المدين الممتنع من أداء الدين مع اذن الحاكم أو بدونه على القولين كان حقا متعلقا بالمال، و ان قلنا بعدم جوازه كان متعلقا بشخص المدين.

و أما الحكم بإباحه التصرف فى شىء فلا يفيد تعلق حق به،لان الإباحه ترخيص من قبل الشارع،و ليس هناك سلطنه مجعوله و لا يعتبر العقلاء للمباح له حقا،فلا يقال:انه ذو حق بالنسبه إلى الماء المباح له شربه،بخلاف ما تعلق بالاثمار الممرور بها،فانه سلطنه للمار على تلك الأثمار مجعوله من قبل الشارع،و يعبر عنها ب"حق الماره".

و نظير المقام ما ثبت من الفرق فى مسأله الإنفاق بين الوالدين و الزوجه،فالإنفاق على الوالدين حكم و على الزوجه حق،و تظهر الثمره فى صوره عدم الإنفاق،فلو لم ينفق على الزوجه مده ضمنه لها،بخلاف نفقه الوالدين فلو لم يؤد لم يضمن و لم يكن مدينا.

الفرق بين "الحق" و الحكم

و الحاصل:ان "الحكم" جعل من الله تعالى من غير أن يكون

للمكلف سلطنه،بخلاف "الحق ".و من آثار ذلك:ان"الحق "يقبل النقل و الاسقاط من قبل المكلف بخلاف "الحكم"فانه لا يتغير.اللهم الاـ أن يغير موضوعه ليتغير بتبعه،كأن يسافر ليكون حكمه القصر بعد أن كان عليه الإتمام،و أما"الحق "فيمكن تغييره حتى مع عدم تغيير الموضوع،بأن يسقطه أو ينقله إلى غيره.

لكن تشخيص "الحكم"عن "الحق"و التفريق بينهما مشكل، لان بعض "الحق"لا يقبل الاسقاط كالحكم.نعم لو قام الدليل على عدم قبول أمر للاسقاط على وجه العموم كشف عن كونه"حكما"أو قام على الضمان فى مورد كشف عن وجود"الحق"،لكن لو دل على"الحق" لم يدل على قبوله للاسقاط.

و بالجمله:فطريق التفريق هو الدليل،و الا فمشكل و لا بد من الرجوع إلى الأصول.

ثمّ ان بعض الحقوق لا يقبل الاسقاط و لا الانتقال و لا المعاوضه عليه بمال أو غيره مثل حق الأبوه.

و بعضها يقبل الاسقاط دون الانتقال،كإسقاط المغتاب حقه عمن استغابه (1) .نعم يجوز له أخذ مال فى مقابل الاسقاط،لكنه ليس معاوضه الا اذا وسع مفهومها.

و بعضها يقبل الاسقاط و الانتقال دون المعاوضه،كحق القصاص

1- 1) هذا بناء على عدم كفايه النوبه و الاستغفار،و كونه حقا للناس بمعنى وجوب الاستحلال و البراءه،قال الشيخ "قده"بعد أن بحث المسأله بالتفصيل " و الأحوط الاستحلال ان تيسر و الا فالاستغفار ".

فانه یجوز لصاحبه إسقاطه کما أنه یورث لکن لا یباع مثلا نعم یجوز المصالحه علیه.

و بعضها یقبل ذلک کله کحق التحجیر.

قال الشیخ"قده": و أما الحقوق الأخر کحق الشفعه و حق الخیار..

أقول:الظاهر أن کلمه"الأخر"زائده و ان وجهها بعضهم بناء علی صحه النسخه.

و حق الشفعه هو:استحقاق الشریک تملک الحصه المبیعه فی شرکته بمثل الثمن الذی وقع علیه عقد البیع،و هو لا یقبل المعاوضه بالمال لکن یقبل الاسقاط و ینتقل بموت الشفیع إلی ورثته فیقسم بینهم کسائر الأموال.

قلت:و یمکن أن یقال بتحقق الشفعه للوارث بتملکه للحصه لا بتورثه ایاها.فتأمل.

و اذا کان قوام"البیع"هو"المبادله"بأن یدخل فی ملک کل من المتبایعین شیء بإزاء ما یبذله فان الحقوق القابله للاسقاط دون الانتقال لا یصح وقوع البیع علیها،فلو دفع الیه مالا فی مقابل إسقاطه حقا له لم یتحقق بیع لعدم تحقق حقیقه المعامله و ان لم یکن ذلک لغوا.

و اما ان قیل بعدم شرطیه ما ذکر بل یکفی حصول المنفعه لکل من المتعاملین و وجود المصحح العقلائی فلا اشکال.

قال"قده": لان البیع تملیک الغیر.

ص :۲۶

أقول:ان هـذا يصح أن يكون عله لعدم جواز جعل المبيع حقا و لكن الكلام فى العوض،اللهم الا أن يكون مراده أن البيع تمليك من الطرفين لا من طرف البائع فقط،و حيث ان الحق المزبور لا يقبل التمليك فلا يجوز كونه عوضا كما لا يصـح كونه معوضا،و حينئذ يتم التعليل بما ذكر،و قد كان الأحسن التصريح بذلك.

و بـالجمله،فيعلم من هـذا التعليل مع ما قررناه أن مبناه"قـده" فى باب البيع هو دخول المبيع فى ملك المشترى و الثمن فى ملك البائع.فلا يجوز جعل الثمن الكذائى عوضا و ثمنا للمبيع.

هل يباع الدين على من هو عليه ؟

ثمّ قال قدس سره:" و لا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه، لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط..".

أقول:يرد عليه أن البحث كـان فى جعـل الحق عوضا لأفى جعله معوضا،و بيع الـدين على من هو عليه من الثانى.اللهم الا أن يقال بأن الغرض هو التشبيه و التنظير.و بالجمله فقـد أجاب الشـيخ"قـده"عن النقض بالالتزام بكونه تمليكا و عـدم مانع منه،و أثر هـذا التمليك هو السقوط.

و لكن يمكن أن يقال فى مسأله بيع الدين على من هو عليه بأنه ليس من باب بيع ما فى ذمه أحد من نفسه،بل هو من بيع الكلى،

و حيث أن مثل هذا الكلى كان فى ذمه المشترى فلذا يقع التهاتر قهرا.

لا يقال:اذا جاز هذا بالنسبه إلى ما فى الذمه فليجز بالنسبه إلى الملكين الخارجيين.

لأنه يقال:ان المشخصات الموجوده فى الخارجيين يمنع من التهاتر بينهما،بخلاف ما فى الذمه.

و الانصاف:ان القول بالتهاتر لا يرفع الاشكال،لأنهم يصرحون ببيع نفس الدين ممن هو فى ذمته،لأبيع كلى آخر مثله حتى يقع التهاتر.

فلنرجع إلى ما ذكره الشيخ فى الجواب،فانه قال: "لا مانع من كونه تمليكا فيسقط" يعنى:ان المشترى يصير مالكا آنا ما و أثره سقوط ما كان عليه،بخلاف جعل الحق عوضا فانه لا يمكن تحقق الملك فيه حتى آنا ما.

ثمّ قال: "و الحاصل انه يعقل أن يكون مالكا لما فى ذمته فيؤثر تمليكه السقوط،و لا يعقل أن يتسلط على نفسه"ثمّ أضاف قوله"و السر ان الحق سلطنه فعليه لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد،بخلاف الملك فإنها نسبه بين المالك و المملوك و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه".

أقول:أى فرق بين مالكيه الإنسان لما فى ذمته و نقل الحق اليه، و ذلك:ان الملكيه اضافه بين المالك و المملوك و نتيجتها سلطنته عليه، فالإضافه هنا بين المالك و ماله لا بين المالك و من عليه،بخلاف الحق فان حق القصاص مثلا حق للمولى على من عليه الحق و هو القاتل،فيمكن

فى الملك الإضافه بين زيد المديون بمقدار معين من الحنطه و بين هذا المقدار،فيكون زيد مالكا له،و لا يمكن أن يكون له حق على نفسه.

و بالجمله فحيث أن الإضافه فى باب الحق تكون بين الشخصين أحدهما المتسلط و الآخر المتسلط عليه فلذا لا يمكن الاتحاد فيه،بخلاف الملك فان الإضافه فيه بين المالك و المملوك بلا لحاظ و اعتبار الشخص،فلذا يمكن تحققها بين الشخص و ما فى ذمته.

و لكن هذا المحذور و هو اتحاد من له الحق و من عليه انما يلزم فيما إذا بيع الحق من خصوص من عليه الحق،و أما لو نقله صاحب الحق إلى ثالث و باعه منه فلا اشكال فيه،كما ترى أن حق التحجير ينتقل إلى الأخر بلا لزوم مثل هذا الاشكال،لأنه اضافه بين الشخص و الأرض الكذائيه المعينه بأن يحييها و يتملكها.فهنا يكون الحق قابلا لان يجعل عوضا فى البيع و لا يلزم المحذور المذكور.

و أورد المحقق الأصفهانى "قده" بما حاصله:ان معنى السلطنه على الغير كونه تحت يده و متحركا بإرادته،و هذا المعنى جار فى سلطنه الإنسان على نفسه،لأنه أولى بنفسه من كل أحد،نظير أن الإنسان عالم بنفسه فهو عالم و معلوم،و الحق أيضا كذلك،فيمكن أن يكون الإنسان مسلطا و مسلطا عليه بلا محذور.

أقول:فيه أنه قياس مع الفارق،فان السلطنه اضافه لوحظ فيها العلو و الاستعلاء،و لازم ذلك وجود شىء آخر يكون مستعلى عليه نظير الفوقيه و التحتيه،فلا يعقل أن يكون شىء فوق نفسه أو تحت

نفسه فمن له السلطنه له التفوق على من عليه السلطنه اما من جميع الجهات أومن بعضها،و أما المسلط عليه فهو فی مرتبه دانيه بالنسبه اليه، و كون الإنسان مسلطا على فعله معناه أن أمر فعله بيده،فهو بنفسه مسلط و فعله الذی هو شیء آخر مسلط عليه،و أين هذا من كونه بنفسه مسلطا و مسلطا عليه ؟ فمن كان له التسلط على شخص لأفعل لا ـ يمكن اتحاده مطلقا، فلا يمكن تحقق الإضافه المعتبره للمسلط للمسلط عليه فی آن واحد.

هذا كله فی الحقوق غير القابله للانتقال..

هل تقع الحقوق القابله للانتقال عوضا ؟

قال الشيخ "قده": و أما الحقوق للانتقال كحق التحجير و نحوه،فهی و ان قبلت النقل و قوبلت بالمال فی الصلح إلا أن فی جواز وقوعها عوضا فی البيع اشكالا..

أقول:حاصل اشكاله:ان الظاهر من الفقهاء كون الماليه شرطا فی ثمن المبيع،و كذا فی أجره الأجير فی باب الإجاره،و لذا يقولون "البيع مبادله مال بمال"،و حيث أن الحق المذكور لا يعلم كونه مالا فلا يمكن الجزم بصحه البيع لو وقع عوضا.

و لكن يمكن الجواب عنه بأن المال هو ما يبذل بإزائه المال و هذا الحق كذلك فهو مال،الا ان يريد "قده" عدم الماليه عند أهل العرف، إذ ليس كل ما يبذل بإزائه المال مالا عندهم،أ لا ترى المناصب كالحكومات

و کـذا الوجـاهه أن بین النـاس مثلاـ یبـذل للوصول الیها المال و لیست مالا..و بالجمله فلا بعـد فی عـدم کون الحق مالا عرفا مع کون المنفعه مالا عندهم.

و الحاصل:ان الحق ان کان شـیئا فی مقابل المال و کان اضافه من آثارها السـلطنه لم یصـح جعله عوضا فی البیع،لان البیع مبادله مال بمال،و ان کان مالا باعتبار أنه یبذل بإزائه المال صح جعله کذلک و نفذ البیع.و التحقیق:الاشـکال فی صحه هذا البیع للفرق بین الحق و الملـک،و ذلـک أن مـا یقع علیه البیع فی"الملک"هو نفس المملوک الخارجی،أعنی الـدار و العقار و نحو ذلک،لا ملکیه الـدار مثلا و هـذا بخلاف"الحق"الـذی صار أحد طرفی البیع،فانه بنفسه یکون متعلق البیع،و هو الملاحظ فی مقام البیع،مع أن الحق سـلطنه خاصه، و قد ذکرنا ان العقلاء لا یعتبرون بیع السلطنه أصلا.نعم یجوز أخذ شیء و اسقاط الحق فیما اذا کان قابلا له کحق القصاص،و أما بیعه من القاتل أو غیره فهو غیر معقول.و وجهه یظهر بالتأمل.

لا حقیقه شرعیه للفظ البیع

قال الشیخ"قده": ثمّ الظاهر أن لفظ"البیع"لیس له حقیقه شرعیه و لا متشرعیه..

أقول:أی ان المستعمل فیه هذا اللفظ فی الکتاب و السنه و کلمات الأصحاب هو المفهوم الذی یریده العرف منه.

ص :31

لکن قال السید"قده":یمکن دعوی ان الفقهاء اصطلحوا فیه معنی آخر،و هو العقد المرکب من الإیجاب و القبول،و ان مرادهم من قولهم"کتاب البیع"هو کتاب عقد البیع،و من قولهم"شرائط البیع" هو شرائط عقد البیع.و هکذا.

قلت:هذه الدعوی و کذا دعوی صاحب الجواهر"قده" بالنسبه إلی لفظ النکاح ممنوعه،فان اراده"العقد"من"البیع" و"النکاح"فی بعض الأحیان لا یدل علی النقل و الاصطلاح،بل ظاهر بعض عباراتهم عدم اراده غیر المعنی العرفی،و القول بمخالفتهم للاصطلاح فیها کما تری.

فالحق ما ذکره الشیخ"قده".

الکلام حول تعریف البیع

نعم نراهم فی مقام تعریف"البیع"یعرفونه بتعاریف مختلفه:

ففی القواعد"البیع عباره عن انتقال عین من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی"و تبعه علیه جماعه،مع ان"البیع" فعل و"الانتقال"هو الاثر الحاصل منه،و لا یکاد یتبادر إلی الذهن من "باع زید متاعه"مفهوم الانتقال..

و من هنا عدل جماعه إلی تعریفه بانه"الإیجاب و القبول الدالان علی الانتقال".

و قد أورد علیه الشیخ"قده"بأن هذا من مقوله اللفظ و"البیع"

من مقوله المعنى،فهو فعل مسبب عن الإيجاب و القبول.

و اختار آخرون كجامع المقاصد القول بأنه"نقل العين."، فان أراد من"النقل"المعنى المصدرى وافق"البيع"فانه فعل،ثمّ قالوا"بالصيغه المخصوصه.".

لكن أشكل الشيخ"قده"بأن"النقل"لا يرادف"البيع"بل مرادف"البيع"هو"التمليك"و لازمه"النقل".قال: و لذا صرح فى التذكره بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ"نقلت"و جعله من الكنايات.

أى:و يشترط كون الإيجاب باللفظ الصريح الدال على المقصود بذاته.

و أيضا:"النقل"أعم من"البيع"فيشمل الصلح و غيره.

على أن قوله"بالصيغه المخصوصه"يخرج المعاطاه مع أنها بيع عنده كما سيأتى.

كما ان فى التعريف مسامحه من جهه جعله"الصيغه المخصوصه" جزءا للمنشأ،قال الشيخ"قده": و لا يندفع بأن المرد ان البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغه،فجعله مدلول الصيغه اشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ فى مفهومه حتى يكون مدلول "بعت"نقلت بالصيغه.

لأنه ان أريد بالصيغه خصوص"بعت"لزم الدور،لان المقصود معرفه ماده"بعت"،و ان أريد بها ما يشمل"ملكت"وجب الاقتصار على مجرد التمليك و النقل.

ص :۳۳

قلت:كأنه"قده"يريد من قوله"لا يندفع"أصل الاشكال، لكن الظاهر اندفاعه غير أنه يلزم اشكال الدور.

تعريف الشيخ للبيع

ثمّ ان الشيخ"قده"عرف البيع بأنه "إنشاء تمليك عين بمال" و قال: "و لا يلزم عليه شیء مما تقدم".

أقول:ان ما أورده"قده"على تعريف جامع المقاصد من أنه اذا كان النقل بالصيغه جزءا من المنشأ فان النقل بالصيغه لا يقبل الإنشاء(و ان أجيب:بأن المنشأ هو النقل لا ـ النقل بالصيغه)هو نفسه وارد على هذا التعريف،و لا ـ يجاب عنه بما أجيب عن ذلك،لان كلمه"الإنشاء"لا يمكن الغض عنها هنا كما أمكن غض النظر عن كلمه "بالصيغه"هناك.

و أيضا:ان هذا التعريف يفيد"البيع"الذى هو فى قبال"الشراء" لا الذى يقابل"الإجاره"و غيرها،لأنه يصدق على فعل البائع،و أما المشترى فهو ينشئ"التملك"أو قبول"التمليك".

و قال السيد"قده"ما ملخصه:ان الشيخ"قده"يريد أن البيع تمليك انشائى من الموجب(و ان لم يحصل به الملكيه عند العرف كبيع مالا ـ ماليه له،و كذا عند الشارع كبيع الخمر)إذ مفهوم البيع متحقق بمجرد إنشاء الموجب فى اعتباره..فهو انما قال"إنشاء" لبيان دخول هذا فى التعريف و انه لا يشترط فى مفهوم البيع إمضاء

ص:٣۴

الشرع أو العرف أو كليهما.

أقول:فالصحيح اذن زياده كلمه"إنشاء"كما اعترف به السيد "قده"أيضا،لكفايه"التمليك"لأنه أمر اعتبارى انشائى،و لو فرض أنه"قده"أراد التصريح بهذه الناحيه لكان الاولى أن يقول"البيع تمليك انشائى..".

و أما ما عن بعضهم:من ان الشيخ"قده"يريد من"الإنشاء" ما يقابل"الاخبار"فانه ليس بيعا.

ففيه ما لا يخفى.

و قال المحقق الخراسانى"قده":"ان إنشاء التمليك ليس ببيع كما أنه ليس بتمليك،نعم انما هو جزء سببه.".

أقول:هذا صحيح،فان الإنشاء من البائع و القبول من المشترى هما الجز آن المتحقق بهما البيع.

ثمّ ان بعض الفقهاء يعرف البيع السببى و بعضهم البيع المسببى و ظاهر تعريف الشيخ"قده"هو الأول،فهو اذن كالتعريف ب"الإيجاب و القبول."فيرد عليه ما أورده"قده"على تعريفه.

الإشكالات حول تعريف الشيخ

هذا،و قد أورد الشيخ"قده"نفسه على تعريفه بأمور:

منها:أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ"ملكت"و الا لم يكن مرادفا لها.

و أجاب:بأنه الحق كما سيجىء .

أقول:ان الترادف بين "بعت" و "ملكت" بهذا المعنى غير مسلم.فهو ليس كالترادف بين "البشر" و "الإنسان" بل هو أعم من البيع،مثل الترادف بين "الإنسان" و "الحيوان الناطق"،فيكون "ملكت" مع القيود اللاحقه به مرادفا للفظ "بعت"،و بذلك يخرج التعريف عن عمومه و يختص ببيع العين بالمال،فلا يشمل بيع المنفعه بإسقاط الحق مثلا.

و منها:انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه،لان الإنسان لا يملك مالا على نفسه.

و أجاب:أولا:بإمكان تصوير مالكيه الشخص لما فى ذمته.

أقول:و ذلك لان كل اضافه تتقوم بطرفيها،و الملكيه لا تتحقق الا بالمالك و المملوك كما تقدم أما كون المملوك فى الخارج و تشخص المالك..و نحو ذلك فخارج عن قوام المفهوم الإضافى،و لذا يتحقق البيع بإنشاء الفضولى له.و على هذا فلا ريب فى تحقق مفهوم البيع فى هذا المقام لصحه تصور طرفى النسبه فيه،و من هذا القبيل ما اذا كان للمدين فى ذمه الدائن نفس المقدار الذى فى ذمته له.

و ثانيا:بأنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع.

و منها:انه يشمل التمليك بالمعاطاه.

و أجاب:بأنه بيع و ان مراد النافين نفى صحته.

أقول:أى هو عندهم من هذا الحيث كالبيع الغررى،فانه و ان

كان باطلا لكنه بيع عند الكل.

و منها:صدقه على الشراء،فان المشترى بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

و أجاب:بأن التمليك فيه ضمنى،و انما حقيقته التملك بعوض، و لذا لا يجوز الشراء بلفظ "ملكت"تقدم على الإيجاب أو تأخر..

و فيه نظر،لان تعريفه"قده"يعم التمليك الضمنى كذلك.

أقول:يرد عليه الاشكال ببيع السلف،فان الفقهاء أجمعوا على جواز كون الإيجاب فيه من المشترى و القبول من البائع،فيكون تمليك البائع ضمنيا و تمليك المشترى أصليا.

و لا يندفع هذا الاشكال بما ذكره السيد"قده"من أن المراد من كون التمليك ضمنيا أن يكون المتعلق فيه على وجه العوضيه،و من كونه أصليا أن يكون على وجه المعوضيه،و فى السلم و ان كان الإيجاب من المشترى الا انه يملك على وجه العوضيه،فكأنه قال"أعطيتك الدراهم عوضا عن تمليك الطعام"،فالمملك الأصلى فيه هو البائع.

وجه عدم الاندفاع:ان الشيخ"قده"لم يذكر فى تعريفه سوى ان البيع إنشاء تمليك عين بمال.و هذا يصدق على فعل المشترى هناك،لأنه يملك البائع،و ليس فيه اعتبار كونه على وجه المعوضيه حتى يخرج تمليك المشترى فى الباب المذكور.

ص :٣٧

كلام المحقق الأصفهانى و ما يرد عليه

هذا و قد استشكل المحقق الأصفهانى فى الالتزام بالتمليك فى موارد:

منها:بيع العبد على من ينعتق عليه.

أقول:انه لا مانع عقلا و عقلاء من اعتبار الإضافه الملكيه بين العبد و من ينعتق عليه،لكن المانع هو الشرع"كما لا مانع تملك الكافر للمسلم الا شرعا فقد منع عنه مطلقا"لكن المتبع هو الدليل، فلا بد من النظر إلى مدى دلالته فهل يمنع عنه مطلقا أو يستثنى"الآن" لعدم صدق"السبيل"المنفى فى الكتاب (۱) عليه ؟ الحق هو الثانى، فالإشكال مندفع.

قال:و أما الالتزام بالملك الحكمى ففيه:انه ليس بيعا حقيقيا، و العبد انما ينعتق فى هذه الحاله من ملك البائع لا المشترى،لعدم تحقق الانتقال.

أقول:لقد دل الدليل على عدم امتناع الملك القصير.

قال:و المستفاد من بعض الاخبار أن العتق يترتب على مجرد الشراء،و لازم ذلك عدم الملكيه الإنيه.

أقول:الانعتاق بمجرد الشراء يعنى انه بالشراء يتحقق الملك فالعتق،لا ان العتق معلول للشراء.

۱- ۱) قال الله تعالى "وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً" سوره النساء.الآيه ۱۴۱.

ثمّ انه"قده"نسب إلى صاحب الجواهر"قده"القول بتقدم الملك على الانعتاق تقدما ذاتيا لا زمانيا.و اعترض عليه بأنه خلاف التحقيق، إذ لا اعتبار للملك الا فى الزمان،فالملك لأفى زمان غير معقول..

لكن صريح كلام صاحب الجواهر وجود الملك فى زمان الانعتاق مقارنا له و متقدما عليه ذاتا،و لا يقول بأنه رتبى فقط كما نسب اليه فراجع.

الكلام على الإشكالات الأخرى على تعريف الشيخ

ثمّ قال الشيخ"قده": و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين،حيث أن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمال أعنى المنفعه.

يعنى:ان المستأجر هنا و ان كان بملك العين بمنفعه كسكنى الدار مثلا الا ان الإجاره أولا و بالذات اعتبار الموجر الإضافه بين الدار و مستأجرها التى لازمها صيروره المنفعه ملكا للمستأجر أو كونه مسلطا عليها،فالإجاره فى حد ذاتها هى السلطنه الناقصه فى قبال البيع الذى هو السلطنه التامه،و تضمنها أحيانا لتمليك العين من طرف المستأجر لأدخل له بحقيقه الإجاره.

قال: و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال و بالهبه المعوضه.

و أجاب بما حاصله: ان حقيقه الصلح و لو تعلق بعين ليس هو التمليك على وجه المقابله و المعاوضه،بل معناه الأصلى هو التسالم، و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال.نعم قد يتضمن التمليك اذا تعلق بعين، لكنه ليس تمليكا لما ذكر.

ص :٣٩

أقول:ان الغرض الأصلى من الصلح هو قطع المشاجره و التراضى بين المتنازعين،قال فى مجمع البحرين:وفيه"الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا"أراد بالصلح التراضى بين المتنازعين،لأنه عقد شرع لقطع المنازعه..قال بعض الأفاضل:

أنفع العقود الصلح لعموم فائدته،فانه يفيد فائده سائر عقود المعاوضات من البيع و الإجاره و العاريه و نحو ذلك،و يصح على ما فى الذمه من غير عوض،لأنه ليس من شرطه حصول العوض،و انما شرع لقطع المنازعه إلخ.

و بالجمله،فالصلح هو التسالم لا بمعنى تسليم كل من الطرفين شيئا للآخر،بل بمعنى التوافق،و هو ما يعبر عنه بالفارسيه ب"سازش و سازگارى"،و لذا لا تتعدى الصيغه إلى المال بنفسها.فظهر أن الصلح أمر آخر غير البيع.نعم قد يستفاد منه فائده البيع كما اذا أوقعا البيع بصوره الصلح لأجل سقوط الخيار الخاص بالبيع كخيار المجلس حيث ورد"البيعان بالخيار ما لم يفترقا"صار كل منهما مالكا لما انتقل اليه فور وقوع الصلح،و قد يفيد فائده الإجاره لو تعلق بالمنفعه،و لو تعلق بالحق أفاد الاسقاط.

و يدل على أن حقيقه الصلح ليست الا التسالم،عدم اعتبار طلب الصلح من الخصم إقرارا بكون الشىء ملكا للآخر،بخلاف ما اذا طلب التمليك فانه يعتبر إقرارا.

قال"قده": و بالهبه المعوضه..

أقول:المراد من الهبه المعوضه هو أن يهبه الشيء و يشترط عليه الهبه اما بصوره شرط الفعل أو بصوره شرط النتيجه و الأول كأن يقول"وهبتك هذا بشرط أن تهبنی كذا"،و الثانی أن يقول"وهبتك هذا بشرط أن يكون ذاك ملكا لی".و أما لو وهبه شيئا و وهبه الأخر شيئا كذلك فهو من باب المقابله بالإحسان،و لا ينتقض به على التعريف لعدم صدقه عليه أصلا.

و قد أجاب الشيخ عن النقض بالهبه المعوضه:بأن التعويض المشترط فی الهبه كالتعويض غير المشترط فيها من حيث كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا،لان أن حقيقه المعاوضه و المقابله مقصوده فی كل من العوضين.

توضيحه:ان البيع حقيقه تمليك مال بمال،و بعباره أخرى تبديل أحد المالين بالآخر.بخلاف الهبه المعوضه،فإنها و ان أشتمك على العوض إلا انه لم يقع أحد المالين مقابلا للآخر،فان حقيقه الهبه الإعطاء بلا عوض،غير أن لهذا الإعطاء المجانی داع البته،و الداعی يختلف باختلاف الموارد،فتاره هو طلب رضا الله عز و جل و تحصيل ثوابه، و أخرى أضاء نفسه،و ثالثه علمه بأن هذا الإعطاء بالمجان يدعو الطرف الأخر على أن يهبه شيئا.و ما نحن فيه من هذا القبيل،فهو من باب الداعی لا المقابله،و ذكر العوض بهذا النحو غير مناف لمفهوم الهبه.

و قال السيد"قده"ما ملخصه:ان حقيقه الهبه قوامها عدم العوض،

و أما الهبه المعوضه فهی عندهم أن یعطی الشیء للموهوب له و یشترط علیه أن یهبه شیئا فی مقابل هبته لأفی مقابل العین التی وهبها،و یصح أن یقول"وهبتک کذا بهبتک کذا"من غیر اشتراط للعوض.بأن تکون الهبه مقابله بهبه.

أقول:انه فی مورد الاشتراط یتحقق التزامان،فان وفی الأخر بما اشترط علیه و التزم به فهو و الا فان الهبه من جهته صحیحه،و السید "قده"یصحح أن یقول:وهبتک کذا بهبتک کذا،و یترتب علی ما ذکره أنه لو لم یهب الأخر بطلت الهبه من طرفه..کما صرح به،لکن الصوره التی ذکرها"قده"لا تخلو من الجمع بین المتنافیین،فانه ان کان هبه کیف یجعل فی مقابله شیء ؟ و قد أوضح"قده"ما ذکره:بأن الهبه تکون تاره بنحو جعل شیء فی مقابل شیء و هذا لیس هبه فی الحقیقه بل انه بیع،و أخری یجعل فعله مقابلا لمال یدفعه المتهب.و هذه هبه معوضه.

أقول:هذا مما لا یمکن تعقله،لان إنشاء الهبه معنی و جعل المال فی مقابله یحتاج إلی لحاظه بالمعنی الاسمی،و الجمع بین اللحاظین غیر معقول.

الکلام فی إخراج القرض عن تعریف الشیخ

قال الشیخ: و بقی القرض داخلا فی ظاهر الحد و یمکن إخراجه..

أقول:قد اخرج القرض بأنه و ان کان تملیکا لا مجانا لکنه

ص :۴۲

ليس فيه معاوضه،فلذا يكفى أن يقول"اقرضتک هذا"بلا أن يقول بعده"بمثله أو بقيمته".

فهو يجعل الشىء ملكا للآخر مع ضمانه بدفع عوضه اليه ان لم تكن عينه موجوده،فلو تلفت توجه الضرر اليه لا إلى المقرض.

و من هنا لا يعتبر فى القرض الربوى ما يعتبر فى البيع الربوى من كونه مكيلا أو موزونا،كما أنه لا غرر فى القرض،فلا يعتبر العلم بالوزن أو الكيل أو القيمه،فلا يضر الجهل و يكفى أن يقول"اقرضتک هذا".

أقول:لكن عدم اعتبار العلم إلى هذا الحد مشكل،فمن المستبعد تصحيح العرف و إمضاء الشارع معامله أو عقدا لا يعلم الطرفان مقدار المال أبدا،فانه يؤدى إلى النزاع و الاختلاف عند الأداء و يلزم الغرر.

نعم لا يضر الجهل بالخصوصيات فى حين العقد فيما اذا علم المقترض أو كلاهما بعدئذ بما ينتفى معه الغرر.اللهم الا ان يقال ان هذا جار فى الجهل بالوزن أيضا.

نعم ما ذكره"قده"منعدم اعتبار ما يعتبر فى الربوى فى القرض صحيح،و لكن هذا لا يقتضى التغاير،فلا يخرج به"القرض"عن حد "البيع".نعم ليس القرض تمليك مال بمال،بل هو تمليك مال لأعلى وجه المجان.

المختار فى تعريف البيع

و بالجمله،ان تمليک العين بمال هو البيع و ليس صلحا اجاره

ص:۴۳

و هبه.و لو علم به و شک فی انه هل کان بیعا أو غیره ؟ فالأصل هو البیع و تترتب علیه آثاره دون غیره من المعاملات.و المراد من الأصل هنا هو الغلبه.

و لو تلفظ بالبیع و شک هل أراد المعنی العرفی أو معنی مجازیا کالإجاره ؟ رتب أثر الأول لأصاله الحقیقه.و أما لو ملک عینا بمال بأن قال"ملکتک کذا بکذا"فشک فی انه تملیک بیع أو صلح مثلا ؟ فلا معنی للأصل هنا،لان احتمال الصلح ساقط،فلا یقال:الأصل هو البیع، لان تملیک العین بمال هو البیع فی الحقیقه و هو حقیقه البیع.

فتلخص:أنه فی کل مورد کان تملیک مال بمال فهو بیع.

أقول:و ربما یتبادل الناس فیما بینهم الأشیاء و لیس هناک عنوان "العوض"و"المعوض"و عنوان"البائع"و"المشتری"،و هذا ما یقال له بالفارسیه"سودا کردن".فظاهر کلام الشیخ"قده"اعتباره بیعا و ترتیب آثاره علیه من الخیارات الخاصه بالبیع.

و ربما یقال بعدم کونه بیعا لفقد بعض شرائطه،فلیکن معامله مستقله تشملها أدله الوفاء بالعقود،و تترتب علیها الخیارات العامه مثل"خیار الغبن".و هذا هو الاولی.

هل یشترط وجود العوضین منحازین قبل البیع ؟

هذا،و ظاهر عباره المصباح بل صریحها:وجود الثمن و المثمن منحازین ذهنا او خارجا و بغض النظر عن البیع و الا لم ینعقد البیع،

لا انه بيع فاسد.لكن الفقهاء يقولون بفساد بيع "المزابنه"و "المحاقله"، و المراد من الأول:

تاره:بيع التمر على النخل فى مقابل التمر على النخل،و هذا بيع لعدم الاتحاد بين الثمن و المثمن.

و أخرى:بيع رطب هذه النخل بتمرها و هذا ليس بيعا للاتحاد.

و المراد من الثاني:بيع السنبل،و هو على نحوين:

فتاره يباع كله فى مقابل حبه.

و أخرى يباع السنبل بنفسه.

فالأول صحيح دون الثانى،للاتحاد و عدم تعقل طرفى الإضافيه فيه، إذ لا يعقل بيع الشيء بنفسه.

فالفقهاء:يقولون بتحقق البيع فى هـذه لكنه فاسـد(خلافا لصاحب المصـباح حيث يقول بعدم تحقق مفهوم البيع،بل قد اسـتثنوا من تحريم بيع "المزابنه"بيع "العريه"للنص الوارد فى ذلك (۱) .

و لكن الظـاهر ان إطلاـق"البيع"سواء فى الروايـات و كلمـات الأصـحاب على هـذه المعاملات مجاز و لا سـيما بيع العريه،فكأنه يقول له لك هذا التمر و أعطنى كذا تمرا،و يؤيد ذلك التعبير عنها بلفظ "العريه" (۲) .

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۳ / ۲۵ الباب الرابع عشر من أبواب بيع الثمار من كتاب التجاره.

۲- ۲) ان كان مأخوذا من الإعاره.

قال السيد"قده":الا أن يقال بكفايه التعدد الاعتبارى.

أقول:وفيه نظر لا يخفى.

معان للبيع ذكرها كاشف الغطاء و الكلام حولها

ثمّ ان الشيخ"قده"نقل عن بعض من قارب عصره أنه قال:

يستعمل البيع فى ثلاثه معان:

أولها انه تمليك عين بمال بشرط تعقبه بالقبول. و عن بعض مشايخه انه المراد من"البيع"فى كلمات علمائنا،ثمّ قال"قده":

لعله للتبادر.

أقول:ان الشيخ"قده"يرى أن"البيع"يتحقق بنفس التمليك و لا يشترط تعقبه بالقبول،لكن هذا اللفظ ينصرف إلى المتعقب بالقبول عند الإطلاق،باعتبار أنه الفرد المؤثر من البيع،و أما الذى لم يتعقبه فلا تترتب عليه الإثار و ان كان مفهوم"البيع"متحققا به.

قال: الثانى انه الاثر الحاصل من الإيجاب و القبول أو الأول فقط و هو الانتقال.

و الثالث انه نفس الإيجاب و القبول،أى العقد. و قد ادّعى الاتفاق على أن المراد من قولهم كتاب البيع.الصلح.الإجاره هو كتاب أحكام عقد البيع إلخ، فما وضعت له هذه العناوين هو"العقد".

قال السيد"قده":شرائط البيع تاره شرط للتأثير فلو لم يتحقق تحقق البيع و الملكيه و لكن فى اعتبار البائع و لا أثر له شرعا و عرفا،

كما اذا باع الخمر أو الحفنه من تراب،فهنا يتحقق البيع لكن لا يترتب عليه الاثر شرعا.

و أخرى شرط لتحقق الملكيه،كما اذا خاطب الحائط قائلا بعتک کذا بکذا،فان هذا ليس بيعا حتى عند البائع نفسه،لعدم صحه اعتبار المالكيه للجدار،فهنا لم يتحقق البيع أصلا.

أقول:و الأوضح من هذا المثال:انه لو خاطب فى الظلام أحدا تخيلا حضوره قائلا"بعتک کذا بکذا"ثمّ لما زالت الظلمه ظهر أنه كان قد تخيل.فانه ليس بيعا و ان تحقق اعتبار التمليک من البائع.

اذن فى بعض الموارد ينتفى مفهوم البيع بعدم تعقب الإيجاب بالقبول.

ثمّ أورد السيد"قده"على نفسه:بأنه يلزم على هذا أن يكون"بعت"فى مورد الاخبار غيره فى مورد الإنشاء،بأن يكون فى الأول متعقبا بالقبول و لولاه لم يصدق الخبر دون الثانى،لان القبول ليس بيده حتى يكون موجدا للبيع المتعقب بالقبول،فربما لم يقبل الطرف الأخر.

و أجاب بأنه لا مانع من الالتزام بذلک،فيختلف المعنى بالتعقب و عدمه.

أقول:هذا نفس كلام الشيخ،فانه يقول بتحقق المفهوم حينئذ بغض النظر عن التعقب.

أقول:الحق ان البيع عند العرف أوضح من كل هذه التعاريف.

ص :۴۷

و تعریف الشیخ "قده"کسائر التعاریف لا یخلو عن النظر،غیر أنهم لم یکونوا بصدد التعریف الحقیقی کما هو ظاهر.

حول وضع ألفاظ المعاملات

ثمّ هـل ألفـاظ المعاملات موضوعه للصـحیح أو الأعم منه و الفاسـد و علی الثانی لا أشـکال فی التمسک بقوله تعالی " أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ "و نحوه من العمومـات فی مشـکوک الصـحه،الاـ اذا قـام دلیـل خاص علی بطلان عقـد أو معامله.و علی الأول فیه اشـکال سیأتی الکلام علیه بالتفصیل.

قال فی المسالک:البیع موضوع للصحیح،و لذا لو حلف علی بیع شیء و أوقع البیع الفاسد فقد حنث و علیه الکفاره،و کذا الکلام فی سائر العقود و العبادات الا الحج لان الفاسد منه یجب المضی فیه.

فلو حلف بترک الصلاه و الصوم اکتفی بمسمی الصحه و هو الدخول فیهما،فلو أفسدها بعد ذلک لم یقع الحنث،و یحتمل عدمه لأنه لا یسمی صلاه شرعا و لا صوما مع الفساد.

و علیه الشهید الأول "قده"أیضا.

و قد أشـکل علی المسالک:بأنه اذا کانت "الصـلاه "موضوعه للصحیحه و قد کان حلف علی الترک فکیف لم یحنث ان أفسدها بعـد الـدخول فیها ؟ و أیضا:لو حلف علی الترک لم یجز له الإتیان بمتعلق الحلف، فلا یجوز له الـدخول فی الصـلاه حینئـذ،فهی فاسده من أول الامر.

و أما الحج ففیه قولان:اختار بعضهم صحته،و ذهب آخرون

ص :۴۸

إلى فساده کما ذکرنا فی محله بالتفصیل و علی الثانی فان الامر بالمضی و الإتمام عقوبه لا یستلزم حجا.

و کیف کان،فقد استدل للقول الأول بالتبادر و بعدم صحه السلب عن الصحیح.

أقول:ان تم ذلک بالنسبه إلی الصحیح فلا ینافی کون الفاسد موضوعا له أیضا.و هذا ما أورده فی القوانین علی المسالک.

و استدل الشیخ "قده" بصحه السلب عن الفاسد.

أقول:وفیه نظر،لان البیع الفاسد "بیع" عند العرف،و فی الخبر ان النبی صلی الله علیه و آله نهی عن بیع الغرر (1) فهو بیع لکنه فاسد.

و استدل للثانی بصحه التقسیم.

و أجیب:بأنه أعم من الحقیقه و المجاز.

وفیه:ان ظاهر التقسیم فی کل مورد کونه علی الحقیقه،إذ التقسیم لا یناسب التجوز.

1- 1) قال فی مجمع البحرین 3 / 423:و فی الخبر "نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن بیع الغرر". و فی الوسائل 12 / 266 عن الشیخ الصدوق قدس سره عن الصادق علیه السلام عن النبی صلی الله علیه و آله فی حدیث المناهی قال:و نهی عن بیع و سلف،و نهی عن بیعین فی بیع،و نهی عن بیع ما لیس عندک،و نهی عن بیع ما لم یضمن. و انظر ما بعده عن معانی الاخبار.

فالحق:أن الالتزام بالقول الأول مشكل.

التمسک بالإطلاق فی المعاملات

و علی الأول یشکل التمسک بالعمومات و الإطلاقات فیما شک فی کونه صحیحا أو فاسدا،کما اذا وقع العقد لا بالعربیه مثلا لأنه تمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و قد أجاب السید"قده"عن ذلک بصحه التمسک بها بناء علی الصحیح أیضا،فی العقود بل العبادات کذلک،إذ لیس المراد من الوضع للصحیح دخل مفهوم الصحه فی الموضوع له بنحو الشرط أو القید،بل المراد ان الموضوع له هو الجامع لشرائط الصحه،فلو شک فی عقد بیع مثلا یتمسک بالاطلاقات لأنه بیع،لا أنه لیس بیعا حتی یکون تمسکا بالعام فی الشبهه المصداقیه.

أقول:اذا کان موضوعا للجامع لاجزاء الصحه و شرائطها شرعا و عرفا فشک فی صحه بیع من جهه شرطیه شیء فیه أو جزئیته فقد شک فی أنه بیع أولا،فان تمسک بالعام حینئذ کان تمسکا بالعام فی الشبهه المصداقیه.

فجوابه"قده"غیر واضح.

و أجاب الشیخ"قده"بأنه یمکن أن یقال:ان"البیع"عند العرف یستعمل فی الصحیح،أی ما کان صحیحا واقعا،لکن ما کان صحیحا عرفا صحیح شرعا تاره و أخری غیر صحیح عنده لعدم جامعیته

لشرائط الصحه المعتبره عنده كما أن بيع الهازل ليس بيعا عرفا.

و التمسک بالإطلاق يتم بناء على الصحيح العرفی عند الشک فی الصحه الشرعيه.

أقول تاره يكون ما وضع له لفظ "البيع "حقيقه واحده فی نظر الشارع و العرف معا،و هو البيع الجامع للاجزاء و الشرائط المعتبره لدى العرف و الشرع،غير أنه قد يشتبه الامر على العرف فی مرحله التطبيق فيجعل البيع الربوی مثلا من مصاديق هذا البيع و الشرع يردعه عن ذلک و يخطئه فی تطبيقه.

و على هذا فالمراد من "البيع "فی قوله تعالى "أحل الله البيع " هو الجامع للاجزاء و الشرائط المعتبره شرعا و عرفا.و حينئذ فان أخطأ العرف فی التطبيق ردعه الشارع،و إلا كان المراد من كلامه(أی الشارع) نفس ما فهمه العرف،فالمفاهيم منزله على نظر العرف ما لم يخطئه.

أقول:و هذا انما يتم بناء على ما ذهب اليه الشيخ "قده"من ان الملكيه أمر حقيقی خارجی لا اعتباری جعلی.

و أخرى:يكون للعقود حقيقه شرعيه بأن يكون ما وضع له اللفظ عند الشرع غير الموضوع له لدى العرف و عليه،فلا يجوز التمسک بالاطلاقات.

و قد ذهب كثير من الأصحاب إلى أن الملكيه أمر اعتباری لا حقيقی،فالعين هی نفسها فی يد عمرو كما كانت فی يد زيد من حيث الخصوصيات و غيرها،غير أن العقلاء اعتبروا للاختصاص بهذا بعد

أن كان لذاک أسبابا فیما بینهم حفظا للنظام و دفعا للهرج و المرج.

و من هنا لو ردع الشارع عن بیع کالبیع الربوی(و ان کان بیعا عند العرف)کان بیانا لما هو الموضوع له"البیع"عنده و انه غیر الذی وضع له عند العرف.و بعباره أخری:یکون للبیع حقیقه شرعیه و وضع آخر غیر وضع العرف،و علی هذا لا یمکن التمسک بالاطلاقات عند الشک فی صحه بیع.

فتلخص:انه بناء علی الوضع للصحیح یصح التمسک بالاطلاقات عن طریق القول بأن العقد الصحیح عند العرف و الشرع واحد و حقیقه فأرده،غیر أن العرف قد یخطأ فی التطبیق فی مورد ما ثمّ الشارع یردعه الا أن هذا یتم بناء علی أن الملکیه أمر واقعی.

و أما بناء علی انها أمر اعتباری و ان المعتبر عند الشرع غیره عند العرف فیتمسک لان الخطابات الشرعیه منزله علی المفاهیم العرفیه الا ما خرج بالدلیل.

و یرد علیه ما ذکره السید"قده"من أنه:فما فائده وضع الشارع حینئذ ؟ و یمکن أن یجاب عنه،بأنه اذا کان"بیع"صحیحا عند العرف و هو موضوع للأعم من الصحیح و الفاسد فانه یتمسک بالاطلاقات عند الشک،و أما اذا کان الوضع عندهم للصحیح فقط فانه هو الموضوع له عند الشرع أیضا(فلیس الموضوع له الشرعی غیر الموضوع له العرفی)غیر أنه لأجعل للشارع بالنسبه إلی بعض الافراد التی یری

العرف صحتها،فالموضوع له واحد غير أن الشارع لا يمضى بعض الافراد.اذن يتمسك بالإطلاق الا فى المورد الذى نص الشارع على عدم ترتيبه الاثر عليه.

بقى اشكال السبب و المسبب:

و هو:أنه ان كان الشارع يريد من إمضاء العقود فى مثل "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" إمضاء الأسباب،فلا اشكال فى التمسك بالإطلاق و المراد من "العقود"هى العقود العرفيه لان الخطابات الشرعيه منزله على ما عند العرف،و أما ان أراد من ذلک إمضاء المسببات،أى ما يحصل منها و هو النقل هو الممضى شرعا فان هذا لا يقتضى إمضاء ما يعتبره العرف سببا للنقل،فلا يمكن حينئذ التمسک بالطلاق المسبب فيما شک فى کونه سببا ناقلا.

و أجاب بعض المحققين:بأنه ان كان المراد من "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" هو الإمضاء فان إمضاء المسبب يستلزم إمضاء السبب،و ان كان المراد منه جعل الحكم أى وجوب الوفاء بالمسبب فلا يستلزم الحكم بالوفاء بالسبب.

أقول:الظاهر عدم الفرق بين الأمرين،فانه يستلزم الوفاء بالسبب الا اذا نص على عدم إنفاذه بسبب من الأسباب،فلا مانع من التمسک بالإطلاق.

و المختار بناء على عدم الحقيقه الشرعيه ان المراد من "البيع الصحيح"هو الصحيح العرفى الشرعى،و بهذا صرح الشيخ

"قده"فی آخر کلامه،و علیه فالمحلل فی "أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ " هو البیع العرفی.نعم یخطأ العرف فی کل مورد لا یراه بیعا صحیحا و یردعهم عن ترتیب الاثر علیه.

و لو لم یصح التمسک بالإطلاق یتمسک بالإطلاق المقامی المستفاد من الآیه مع عدم التقیید مع کونه فی مقام البیان،بل هو فی الواقع إنفاذ و قبول لما یراه العرف بیعا صحیحا و الا لردع.

و علی فرض عدم جواز التمسک به أیضا فلا سبیل إلی التمسک بالبراءه،بل فی مورد الشک فی تحقق الملکیه بعقد ما یبنی علی عدم الصحه،و أما المسبب فان الأصل فی العقود هو الفساد.

ص :۵۴

المعاطاه

اشاره

...

ص :۵۵

لا ریب فی عدم تحقق "البیع "بالاعتبار المجرد،بل لأبد له من مبرز،فان کان الإبراز بالقول و هو الإیجاب و القبول فلا اشکال و لا خلاف فی تحققه بذلک،و ان کان بالفعل و هو المعاطاه فهو مورد البحث و الکلام،فهل تفید المعاطاه الملک أو الإباحه ؟ و علی الأول فهل هو لازم أو جائز !

أنحاء المعاطاه و آثارها

و المعاطاه:ان کانت علی وجه الإجبار لم تفد شیئا،إذ لا اعتبار حینئذ،و لا یمکن التعاطی من غیر قصد،و أما مع القصد فلا تخلو من ثلاثه أقسام:

۱ الإعطاء مع قصد الإباحه.

۲ الإعطاء مع قصد التملیک.

٣ الإعطاء مع قصد الأمانه.

فالأول يفيد الإباحه،و الثانی التملیک،و الثالث الأمانه.و فی تعیین کل واحد منها لأبد من قرینه زائده علی الإعطاء و لو کان معامله مفهمه للمقصود حتی یؤثر فیه.

و اما الإعطاء بلا قصد فعلی فرض إمکانه لا یفید شیئا،لان مجرد الإعطاء لا یکفی دلیلا علی الرضا و یکون المال مغصوبا عند الأخذ، فان قصد النقل(من غیر قصد لنوع من أنواعه بالخصوص)فلا أثر له أیضا کذلک،لان أقسام النقل معینه بعناوینها من البیع و الهبه و الإجاره..

فقصد الجنس دون الفصل غیر ممکن فتأمل.

و انما الکلام فی التعاطی بیعا و تملیکا بأن یعطی أحدهما بقصد التملیک بعوض و یقبل الأخر بإعطاء العوض أو اباحه بأن یتعاطیا علی نحو التراضی و الإباحه فی التصرف منهما بلا تملیک فهل یصح أولا ؟ هنا مطالب:

الأول:ما هو المتعارف بین الناس ؟ فیه قولان.

الثانی:ما هو الحکم فی الحالین ؟ ان قصد الإباحه لم یفد الملک کما هو واضح،و اما ان قصد التملیک ففیه أقوال:فقیل انه بیع لازم، و قیل بل جائز،و الثالث انه بیع فاسد لعدم الصیغه.و الملک لمالکه لکن یترتب علیه الإباحه تعبدا عند بعضهم،و قیل بل من المالک،و ذهب بعضهم إلی عدم جواز التصرف.

و أما اذا لم يقصد لا الإباحه و لا التمليك فاما لا يعقل أصلا،و اما لا يترتب عليه شيء.فيكون المعطى بحكم المغصوب.

كلمات الفقهاء حول المعاطاه

الثالث:ما المستفاد من كلمات الأصحاب فی المقام ؟ قال المحقق الثانی "قده":ان محل النزاع هی المعاطاه المقصود بها التمليک،و لذا فقد نزل الإباحه فی كلام الفقهاء على الملک الجائز.

و قال صاحب الجواهر "قده":ان محل النزاع هی المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه،و أبقى الإباحه فی كلامهم على ظاهرها.

و لنقل كلمات جماعه من الفقهاء فی المقام و نذكر ما يمكن أن يستفاد منها،فنقول:

قال فی الخلاف:"اذا دفع قطعه إلی البقلی أو الشارب فقال أعطنی بها بقلا او ماء فأعطاه فانه لا يكون بيعا،و كذلک سائر المحقرات، و انما يكون اباحه له،فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه..".

أقول:قوله "انما يكون اباحه" يحتمل أن يكون حكما و يحتمل اراده ان المتعاطيين يبيح كل منهما التصرف فی ماله للآخر.و أما قوله "فيتصرف كل منهما" فصريح فی عدم الملک.

و كلامه "قده" فی المبسوط يحتمل فيه الوجهان المذكوران كذلک،فقد قال هناک ما نصه "فأما البيع:فان تقدم الإيجاب..و ان

تقـدم القبول..فإذا ثبت هـذا فكل ما يجرى بين الناس انما هو اسـتباحات و تراض دون أن يكون ذلک بيعا منعقدا،مثل أن يعطى للخبـاز درهمـا فيعطيه الخبز أو قطعه للبقلى فينـاوله البقـل،و مـا أشـبه ذلـک.و لو أن كـل واحـد منهمـا يرجع فيمـا أعطاه كان له ذلک،لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع ".

لان ظاهر قوله"انما هو اسـتباحات و تراض "عـدم قصد المتعاطيين الملک،و ظاهر قوله"لأنه ليس بعقد صـحيح هو بيع "كونه بيعا غير صحيح.

فظهر أنه لا يمكننا نفى ارادته"قده"كون المعاطاه مقصودا بها الإباحه،بمعنى اسـتباحه كل من المتعاطيين التصـرف فى مال الأخر منه، فما ذكره المحقق الثانى"قده"لا يساعده كلام الشيخ"قده".

ثمّ قال فى الخلاف بعـد العباره المـذكوره"و فائده ذلک أن البقلى اذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعه أن يسترجع قطعته كان لهما ذلک،لان الملک لم يحصل لهما.و به قال الشافعى، و قال ابو حنيفه يكون بيعا صحيحا و ان لم يحصل الإيجاب و القبول، و قال ذلک فى المحقرات دون غيرها.

دليلنـا،ان العقـد حكم شـرعى و لاـ دلاـله فى الشـرع على وجوده هنـا فيجب ان لاـ يثبت،و أما الإباحه بـذلک فهو مجمع عليها لا يختلف العلماء فيها".

ص :۶۰

لکن الاستدلال للحکم بالإباحه بالإجماع غیر تام،لوجود الخلاف فی المسأله.

و قال فی السرائر:".فإذا دفع قطعه إلی البقلی أوالی الشارب فقال"أعطنی"فانه لا یکون بیعا و لا عقدا،لان الإیجاب و القبول ما حصلا، و کذلک سائر المحقرات و سائر الأشیاء محقرا کان أو غیر محقر من الثیاب و الحیوان،و انما یکون اباحه له،فیتصرف کل منهما فیما أخذه تصرفا مباحا من غیر أن یکون ملکه أو دخل فی ملکه،و لکل منهما أن یرجع فیما بذله،لان الملک لم یحصل لهما.و لیس ذلک من العقود الفاسده لأنه لو کان عقدا فاسدا لم یصح التصرف فیما صار إلی کل واحد منهما، و انما ذلک علی جهه الإباحه".

أقول:و هذا ظاهر فی دعوی صاحب الجواهر"قده"،إذ لو کانا قاصدین للملک لکان عقدا فاسدا،بل انهما یقصدان الاستباحه، و لذا کان لکل منهما أن یرجع فیما بذله.

و قال فی الغنیه:"و اعتبرنا حصول الإیجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتری و الإیجاب من البائع،بأن یقول "بعنیه بألف"فیقول"بعتک بألف"،فانه لا ینعقد بذلک،بل لأبد أن یقول المشتری بعد ذلک"اشتریت"أو"قبلت"حتی ینعقد،و احترازا أیضا عن القول بانعقاده بالمعاطاه،نحو أن یدفع إلی البقلی قطعه و یقول

"أعطنى بقلا"فيعطيه،فان ذلك ليس ببيع و انما هو اباحه للتصرف.

يدل على ما قلناه الإجماع المشار اليه،و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحه العقد به و ليس على سحه ما عداه دليل،و لما ذكرنا نهى صلى الله عليه و آله عن بيع المنابذه و الملامسه،و عن بيع الحصاه على التأويل الأخر،و معنى ذلك أن يجعل اللمس بشىء أو النبذ له و القاء الحصاه بيعا موجبا".

أقول:يعنى انه كما لا ينعقد البيع فيما اذا لم يقل المشترى بعد الإيجاب"اشتريت"أو"قبلت"كذلك المعاطاه لا ينعقد بها البيع مطلقا، و هذا ظاهره قصد المتعاطيين التمليك لا الإباحه.

و يحتمل أن يكون فى مقام بيان الفرق بين قول المشترى للبائع "يعنى"و قوله له"أعطنى"،فان كليهما لا ينعقد به البيع،الا أن الثانى يفيد الإباحه للتصرف.

و الذى يظهر لى أن المراد من هذه"الإباحه"هى"الإباحه المالكيه" لا"الإباحه الشرعيه".

كما أن استدلاله بالأدله الثلاثه ظاهر فى أن المفروض قصدهما الملك،و الا لكان الاولى أن يستدل لعدم انعقاده بعدم القصد،لكن من المحتمل استدلاله بها لعدم انعقاد البيع بقوله"بعنى"لا لعدم انعقاده بقوله"أعطنى".

و قال الحلبى"قده"فى الكافى بعد ذكر شروط صحه البيع:

"فان اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم،و ان جاز التصرف مع إخلال بعضها للتراضی دون عقد البيع و يصح معه الرجوع".

قال الشيخ"قده": و هو فی الظهور قريب من عباره الغنيه.

أقول:بل أظهر منها،غير أنه لم يتعرض للمعاطاه و نفی كونها بيعا بصراحه.

و قال المحقق فی الشرائع:"و لا يكفی التقابض من غير لفظ و ان حصل من الامارات ما دل علی اراده البيع".

أقول:أی لا ينعقد البيع بالتقابض سواء قصد المتقابضان البيع أولا..و ليس فی عبارته ما يفيد اباحه التصرف حينئذ و عدمها.

و قال الشهيد"قده"بعد قوله قد يقوم السبب الفعلی مقام السبب القولی:"و أما المعطاه فی المبايعات فهی تفيد الإباحه لا الملك و ان كان فی الحقير عندنا".

أقول:قوله"فهی تفيد الإباحه لا ـ الملك"صريح فی عدم افاده المعاطاه الملك،و أما إفادتها الإباحه فهی بناء علی ما ذهب اليه"قده" من أن تسليط شخص غيره علی ماله بالعقد الفاسد يفيد جواز تصرفه فيه و عدم ضمانه له اذا تلف،و لا يستفاد من عبارته هذه انهما ان قصدا الملك أفادت الإباحه دونه،فلعله يقول بافادتها الإباحه من حيث أن

التسلیط علی الشیء مع العلم بفساد المعامله یستلزم اباحه التصرف.

الا ان هذا مما لا یلتزم به الفقهاء،بل انهم یقولون فی خصوص المعاطاه بأن الفعل لا یقوم مقام القول،فتفید الإباحه لکن لا مطلقا،کما لا یلتزمون بعدم الضمان فی المأخوذ بالعقد الفاسد،الا بعضهم مع علم المعطی بفساد العقد.

نتیجه البحث

و بعد،فقد ظهر ان عبارات الفقهاء فی المقام مختلفه،فلا سبیل إلی جمعها علی معنی واحد،و حینئذ نقول:لا أشکال فی جواز التصرف فیما أخذ بالمعاطاه ان کان التعاطی بقصد الإباحه،و انما الاشکال فی التصرفات الموقوفه علی الملک.فقد قیل،بأن الاذن بالتصرف یقتضی الاذن فی التملک أولا ثمّ التصرف فیه بشتی انحائه،و قیل بعدم کفایه الاذن لهذه الجهه.

ثمّ ان الشائع بین الناس فی هذه الأزمنه لیس غیر الشائع بینهم فی عصر الشیخ الطوسی"قده"،و علی هذا فما یقصدونه هو الاستباحه و التراض،و أما ان قصدا الملک کان بیعا عرفا تشمله العمومات کقوله تعالی "أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ" و قوله "إِلاّٰ أَنْ تَکُونَ تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ" .بل مقتضاها افاده اللزوم أیضا،فلا بد للقائل بعدمه من اقامه الدلیل.اللهم الا اذا قام الدلیل علی عدم انعقاد البیع بالمعاطاه.

قال الشیخ"قده":قد عرفت ظهور اکثر العبارات المتقدمه

ص :۶۴

فی عدم حصول الملک،بل صراحه بعضها،و مع ذلک کله فقد قال المحقق الثانی فی جامع المقاصد و حاشیه الإرشاد انهم أرادوا بالإباحه الملک المتزلزل و زاد فی الثانی "ان مقصود المتعاطیین اباحه مترتبه علی ملک الرقبه کسائر البیوع،فان حصل مقصودهما ثبت ما قلناه،و الا وجب أن لا تحصل اباحه بالکلیه،بل یتعین الحکم بالفساد،إذ المقصود غیر واقع،فلو وقع غیره لوقع بغیر قصد و هو باطل".

و أجاب الشیخ "قده" عنه:بأن الفقهاء یحکمون بالإباحه المجرده عن الملک فی المعاطاه مع فرض قصدهما التملیک،و ان الإباحه حصلت من استلزام إعطاء کل منهما سلعته مسلطا علیها الأخر الاذن فی التصرف فیه بوجوه التصرف.

و أجاب المحقق الأصفهانی "قده" عنه أیضا:بأن ما وقع هنا لیس غیر مقصود،لان وقوع بعض المقصود کاف،إذ الملکیه ذات مراتب،فعند ما یملکه الشیء یقول "ملکتک ذاته و تملکه و الانتفاع به"،فإذا اشترط الشارع الصیغه فی تملیک الذات و التملک بقی الانتفاع و هو حاصل بالمعاطاه مع قصد التملیک.

أقول:ان الملکیه أمر بسیط و لیس الا ملک الذات،و أما ملک المنفعه و حق الانتفاع فإنما یترتبان علی تملک الذات و بتبعه فلا مراتب للملکیه.و علیه فإذا زالت ملکیه الذات زالت الأمور المترتبه علیها،و لذا لو باع المستعیر(و هو مالک المنفعه بالاستعاره)الشیء فضوله لم یملک المشتری المنافع،و من هنا یظهر وجود التضاد بین العین و المنفعه مستقلا.

و قال المحقق الخراسانی "قده":ان المعاطاه بیع یفید الملک، الا أنه یؤثر التملیک شرعا بشرط التصرف الملزم.

و قد أستلطف المحقق الأصفهانی "قده"هذا الوجه لکنه أجاب عنه بعدم وقوفه علی من وافقه علیه.

أقول:انه یقول بتأثیر المعاطاه الملک بشرط تلف أحد العوضین بالتصرفات الموقوفه علی الملک کالعتق و الوطی و الوقف.لکن الحق أنه لا تعقل الملکیه المقیده بتلف العین،لأنه ان أرید أن التلف کاشف عن الملکیه من أول الامر نظیر الإجازه فی عقد الفضولی علی قول فالملکیه تتحقق حینئذ لمن علم بتعقبها لذلک دون من لم یعلم به،و هذا لا یلتزم به احد.و ان أرید أن التلف ناقل لا کاشف،ففیه ما تقدم من أن اعتبار الملکیه بعد تلف العین غیر معقول،و لو سلم اعتبار العقلاء للملکیه بعد التلف لأجل آثار ترتب علیها فان اعتبارها مشروطه بالتلف غیر معقول،و لیس من شأن العقلاء جعل هکذا معامله.فما ذکره "قده"مخالف لکلمات العلماء و بناء العقلاء.

هذا،و الصحیح کما قال المحقق الخراسانی "قده"انه لا موجب و لا داعی للجمع بین هذه الکلمات.

الأقوال فی المسأله

قال الشیخ "قده":فالأقوال فی المسأله سته:

١ انها تفید الملک اللازم.و قد نسب هذا القول إلی الشیخ

ص :۶۶

المفيد"قده"،و عن العلامه"قده":الأشهر عندنا انه لأبد من الصيغه.

و مفهوم هذا الكلام ان إفادتها للملک خلاف المشهور.

۲ اللزوم بشرط کون الدال علی التراضی أو المعامله لفظا، حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی"قده"و بعض متأخری المحدثین.

قال الشیخ"قده": لکن فی عد هذا من الأقوال فی المعاطاه تأمل.

أقول:لا یرید القائل اشتراط الصیغه(الإیجاب و القبول)فانه لیس بمعاطاه،بل المراد أن یتقاولا فیما بینهما ثمّ یتعاطیا عوضا عن الصیغه،فلا مجال لتأمل الشیخ"قده".

۳ الملک غیر اللازم،و قد ذهب الیه المحقق الثانی "قده".

۴ عدم الملک،لکن التصرفات کلها حتی المتوقفه علی الملک مباحه،قال الشیخ"قده": و هو ظاهر عبائر کثیره.

۵ عدم الملک مع إباحه التصرفات غیر الموقوفه علی الملک، نسبه الشیخ إلی الشهید.

۶ عدم جواز التصرف مطلقا،أی أنه بیع فاسد،نسب إلی العلامه"قده"،قال الشیخ: لکن ثبت رجوعه عنه.

و نقل السید"قده"عن کاشف الغطاء قوله:ان المعاطاه معامله مستقله تفید الملک کالبیع بالصیغه.و هذا قول سابع.

أقول:یتحصل من ذلک کله عدم الاتفاق علی حکم فی هذه المسأله.نعم الظاهر اتفاقهم علی جواز التصرف فیما أخذ بالمعاطاه

قبل تلف أحد العوضين لان المخالف ليس الا العلامه"قده"و قد عدل عنه لكن الكلمات فى بيان وجه هذا الجواز مختلفه.

ادله القول الثانى

و كيف كان فلا بد من النظر فى الادله:

لقد قوى الشيخ "قده"القول الثانى،و هو أنها تفيد الملك فيما اذا قصدا التمليك و التملك و استدل على ذلك بوجوه:

(الأول:السيره) فالسيره قائمه على معامله ما أخذ بالمعاطاه معامله الملك و ترتيب جميع الإثار عليه.

أقول ان أراد الشيخ "قده"من السيره سيره المتشرعه، فلا بد من احراز استمرارها حتى زمن الامام عليه السلام،فإنها حينئذ معتبره و لا حاجه معها إلى دليل آخر،و ان أراد سيره العقلاء بما هم عقلاء فلا بد من احراز إمضاء الشارع لها،و لا أقل من عدم ردعه عنها.

أقول:ان العقلاء يعاملون ما أخذوه بالمعاطاه معامله الملك، و لكن هل الملك المتزلزل ؟ الظاهر انه العكس،فليس عملهم الا على الملك المستقر،و لذا لا يرتضون بالفسخ و الرد،و ليست الملكيه عندهم متوقفه على التصرف أو التلف.و هذه السيره العقلائيه بمجرد اتصالها و استمرارها لتشابه الأزمنه إلى زمن المعصوم عليه السلام تكون

سیره متشرعیه لعدم الردع.

اللهم الا أن یثیب جواز التراد شرعا بالدلیل.

و علی هذا الذی ذکرنا یصدق علی هذه المعامله عنوان"البیع" عند العرف،فیصح التمسک بالدلیل:

(الثانی:عموم آیه الحل) و هی قوله تعالی:" أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ "،قال الشیخ انها تدل علی جواز التصرفات المترتبه علی البیع حتی المتوقفه علی الملک، و علی هذا تدل علی أن المعاطاه تفید الملک.

أقول:و هل "أَحَلَّ" یدل علی حل التصرفات بالمطابقه،أو هو کنایه عن حلیه هذه التصرفات،أو أنه لما" أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ "حلت التصرفات بالملازمه.و الا فلا معنی لحلیه البیع،إذ تحلیله انما هو باعتبار الإثار المترتبه علیه ؟.

اذن لا یرید الشیخ"قده"من کلامه المتقدم دلاله الآیه بالمطابقه علی جواز التصرفات.

و قال المحقق الخراسانی"قده":ان قوله بدلالتها علی جواز التصرفات انما هو لان المسبب لیس أمرا اختیارا حتی یحوز و یحلل.

ثمّ أورد علیه بأن اختیاریه السبب کافیه لاختیاریه المسبب، فالاحراق مثلا اختیاری بإیجاد سببه الاختیاری.

و قال المحقق الأصفهانی"قده":ان البیع لما کان حلالا مطلقا أی سببا کان أو مسببا)فلا یحرم"قول بعت"،فان المحلل هو

التصرفات،و هی مورد الحاجه و محل الابتلاء.ثمّ أشكل علیه:بأن الحلیه متعلقه بالبیع لأنه فعل من أفعال المكلف،و هذه الحلیه التكلیفیه تدل علی حلیه التصرفات بالملازمه،فلا وجه للقول بتوجه الحلیه إلی التصرفات أولا و بالذات.

أقول:انما یتوجه ما ذكراه قدس سرهما فیما إذا كانت عباره الشیخ"قده"ظاهره فی شیء من ذلک،و قد تقدم أنها تحتمل الاحتمالات الثلاثه المذكوره كلها.

ثمّ انه قد یقال:ان المراد من "أَحَلَّ" هو الحكم الوضعی و هو "النفوذ"،أی ان الله أنفذ البیع و أقره و أمضاه.و ان جعلناه بمعنی الحكم التكلیفی كان المعنی:ان هذا السبب لمبادله المال بمال أی التبدیل حلال،فهو اذن صحیح.و كذا ان أرید المسبب،أی ان الله جوز مبادله المال بالمال،فسواء كان بمعنی الحكم الوضعی أو التكلیفی سببا أو مسببا دل علی الصحه.

انما الكلام فی أنه ان كان بمعنی السبب كان معناه:كل ما جعلتموه سببا للمبادله و كان بیعا عندكم فهو حلال،و حینئذ یتمسک بعمومه و تصح المعاطاه.و ان كان بمعنی المسبب كان المعنی:أحل الله انتقال:

المال و مبادلته بالمال،فلا عموم له لیشمل المعاطاه.

أقول:لكن مبادله المال بالمال عند العرف لها أسباب عدیده،و الله تعالی أمضی و أنفذ المبادله المسببه بها عدا المبادله الحاصله بالبیع الربوی مثلا.و حینئذ یتمسک بالعموم لأجل المعاطاه التی لا جهه

ربویه فیها فالعموم یتمسک به فی المقام سواء کان المراد إمضاء السبب أو إمضاء المسبب.

هذا،و لا یقدح بعموم" أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ "کونه فی قبال "حَرَّمَ الرِّبٰا" کما لا یخفی.لان العرف یفهم من ذلک تخصیص البیع الربوی دون التخصص.

(الثالث:آیه التجاره) قال الله تعالی" لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلاّٰ أَنْ تَکُونَ تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ "إذ لا ریب فی أن المعاطاه تجاره عن تراض و انها تفید الملک.نعم لا تدل الآیه علی إفادتها اللزوم.

(الرابع:دلیل السلطنه) و هو قوله صلی الله علیه و آله:"الناس مسلطون علی أموالهم".فقد استدل به بأن المراد من التسلط هو التسلط الوضعی و التکلیفی معا،أی انها سلطنه مجعوله من الله تعالی للناس علی أموالهم و التصرف فیها مطلقا،و من التصرفات:المعاملات التی یتحقق بها النقل و الانتقال عند العرف و التی أمضاها الشارع و رتب علیها الاثر، و من ذلک"المعاطاه"فإنها بیع عرفا یفید الملک کالبیع بالصیغه.

قال الشیخ"قده": لا دلاله له علی المدعی،لان عمومه باعتبار أنواع السلطنه،فهو انما یجدی فیما اذا شک فی أن هذا النوع من السلطنه ثابته للمالک و ماضیه فی حقه شرعا أم لا،و أما اذا قطعنا بأن سلطنه خاصه کالتملیک نافذه لکن شک فی أن هذا التملیک الخاص

يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لأبد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال به.

و قال جماعه منهم المحقق الخراسانى "قده" ان هذا الحديث لا يدل حتى على النوع المشكوك فيه،فلو شك فى إمضاء الشارع لنوع من أنواع السلطنه لم يجز التمسك به،و كذا اذا شك فى صنف من نوع.

و بالجمله،انه يدل على سلطنه المالك على ملكه و نفوذ معاملاته المعلوم صحتها و الماضيه شرعا فى حقه.و بعباره أخرى:انه يدل على عدم حجر الشارع للناس،فلهم التصرف فى أموالهم.

و قال آخرون منهم السيد و المحقق الأصفهانى "قدس سرهما" بأن الحديث يدل على التصرفات النوعيه و الصنفيه معا،قال السيد:

ليس مراد الشيخ "قده" من النوع هنا النوع المنطقى بل الأعم منه و من الصنف،فإذا كان الشارع قد أمضى التصرف بالنوع فانه قد أمضاه بالنسبه إلى الصنف كذلك.

و قال المحقق الأصفهانى:التسليط عباره عن إعطاء القدره على التصرف،و هذا يعنى إمضاء الشارع لجميع التصرفات المتعارفه بين الناس و ترتيبه الإثار التى يرتبونها،فالمراد من "التسليط" هو "الإمضاء" و الممضى هو التصرفات الوضعيه و التكليفيه بجميع أنواعها و أقسامها و أصنافها المتداوله بين الناس.

أقول:و بما ذكره يندفع ما ذكره المحقق الخراسانى "قده".

ص :٧٢

نعم هنا احتمال آخر،و هو أن يكون هـذا الحـديث بمعنى الحـديث الأخر"لا يجوز لأحـد أن يتصـرف فى مال غيره الا باذنه"أى الناس مسلطون على أموالهم فحسب دون أموال غيرهم،فلا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره الا باذنه.و على هذا ينتفى"الإمضاء"و دلاله الحديث فى المقام،لأنه على هـذا لا إطلاق له بل أنه حكم حيثى و ليس فى مقام بيان أقسام التسلط و أنواعه.

(الخامس:الإجماع المركب) قال الشيخ"قده": هذا مع إمكان اثبات صحه المعاطاه فى الهبه و الإجاره ببعض اطلاقاتهما و تتميمه فى البيع بالإجماع المركب.

و أورد عليه السيد"قده":بأن الإطلاق الموجود هناك موجود مثله فى باب البيع،فلا حاجه إلى الإجماع المركب.

أقول:لعل نظر الشيخ"قده"إلى وجود احتمالات أخر إلى جنب احتمال الإمضاء و الصحه الوضعيه،و أما فى الإجاره و الهبه فليس الإطلاق ظاهرا الا فى النفوذ و الصحه.

كلام كاشف الغطاء"قده"حول المعاطاه

قال الشيخ"قده": هذا مع أن القول بإباحه جميع التصرفات مع التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه،و لذا ذكر بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالإباحه المجرده مع قصد المتعاطيين التمليك

و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديده:

منها:ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود.

و منها:أن تكون اراده التصرف من المملكات.قال:و أما "أعتق عبدى عنك،أو عبدك عنى" فمعناه أنت وكيلى فى تمليك العبد إياى و قبول التمليك ثمّ عتقه عنى.و كذا الأخر،و هذا من باب أن الاذن فى الشيء اذن فى مقدمته أو شرطه.

و منها:تعلق الخمس بما أخذ معاطاه،و كذا الزكاه،و هذا معناه بناء على هذا القول وجوب أداء الزكاه و الخمس على غير صاحب المال،و كذا الامر فى الاستطاعه و الديون و النفقات،و كذا فى حق الشفعه و المقاسمه،و الحال أنه بناء على ما ذكر ليس ملكا لمن اشترى بالمعاطاه.و كذا توريث ما أخذ بالمعاطاه،فانه يعنى كون موت أحد المتعاطيين مملكا فينتقل الشيء إلى وارثه.و كذا الامر فى الربا، و مسأله الفقر و الغنى فتترتب عليها الإثار.

و ترتيب هذه الاحكام و غيرها مع القول بالإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده.

و منها:جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر، و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين،و لا رجوع إلى قيمه المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها.فالقول بأنه المطالب لأنه يملك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب غريب،و القول بعدم الملك بعيد جدا،مع أن فى التلف

القهری ان ملک التالف قبل التلف فعجیب و معه بعید لعدم قابلیته حینئذ و بعده ملک معدوم،و مع عدم الدخول فی الملک یکون ملک الأخر بغیر عوض،و نفی الملک مخالف للسیره و بناء المتعاطیین.

و منها:ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهریه فلا یتوقف علی النیه فهو بعید،و ان أوقفناه علیها کان الواطئ للجاریه من دونها واطئا بالشبهه،و الجانی علیه و المتلف جانیا علی مال الغیر و متلفا له.

و منها:مسأله النماء الحادث قبل التصرف.

و منها:قصر التملیک علی التصرف مع الاستناد فیه إلی ان اذن المالک فیه اذن فی التملیک،فیرجع إلی کون المتصرف فی تملیک نفسه موجبا قابلا،و ذلک جار فی القبض،بل هو أولی منه لاقترانه بقصد التملیک دونه .

التحقیق فیما ذکره کاشف الغطاء

هذه خلاصه ما ذکره کاشف الغطاء"قده"،قال الشیخ"قده":

هذه کلها استبعادات، لا ـ أن الوجوه المذکوره تنهض فی مقابل الأصول و العمومات،إذ لیس فیها تأسیس قواعد جدیده .ثمّ أجاب عن الوجه الأول:

أولا:بأن المعاطاه لیست من العقود و ما یقوم مقامها عند القائل بالإباحه.

و ثانیا:بأن تخلف العقد عن مقصود المتبایعین کثیر.

أقول:ان أراد الشيخ "قده" ان العقد فى هذه الموارد اما باطل فلم يترتب عليه شىء،و اما صحيح فالشارع رتب عليه الإباحه و التصرفات المترتبه على الملك بالإجماع و ان لم يكن ملكا له فالجواب تام.و ان أراد ترتب خلاف المقصود على هذا العقد مع فرض صحته فهذا لا يكون جوابا..

و أما الحكم بالضمان فى المأخوذ بالعقد الفاسد فاما من جهه "قاعده اليد" و اما من جهه "قاعده الاقدام"،لا أنه أثر للعقد نفسه مع قولهم بفساده.

و كذا الامر فى مساله الشرط الفاسد،فالعقد صحيح غير أن الشرط فاسد لا أثر له بناء على انه لا يفسد العقد لأنه التزام فى ضمن التزام، فإذا لم يمض الشرع أحدهما بقى الأخر على نفوذه و ترتب عليه الاثر، فليس هناك تختلف عن القاعده المذكوره،و قد ذكرنا أن العقود الصحيحه التى أمضاها الشارع انما يترتب عليها الاثر المقصود،و هذا معنى القاعده المذكوره.

و كذا الامر فى بيع ما يملك مع ما لا يملك،كبيع الشاه مع الخنزير، فان الشارع يمضى بيع الشاه دون الخنزير.و لا تخلف عن تلك القاعده، لان قوله "بعتك هذين" ينحل إلى:بعتك هذا و هذا،و الشارع أمضى أحدهما مطابقا للقصد دون الأخر،لا أن هنا بيعا واحدا أمضى نصف المقصود به و أبطل النصف الأخر ليلزم التخلف.

و مثله الامر فى بيع الفضولى لنفسه،فان انشاءه المبادله بين الثمن و المثمن يتوقف على اجازه المالك،فان أجاز ترتب الاثر عليه

و الا فلا.و اما اعتبار نفسه مالكا فهو اعتبار لغو لا أثر له شرعا و لا يضر بالعقد.

و أما النقض بانقلاب العقد المنقطع دائما فی حال ترک ذکر الأجل و الذی وافقه السید"قده"علیه و ان خالفه فی سائر النقوض فالظاهر عدم صحته کذلک،لان التزویج یقتضی الدوام بذاته کالتملیک ما لم یقید.و هذا مطابق للقاعده،لان العاقد قاصد للنکاح،فلو ترک تقییده و تحدیده إلی أجل وقع المقصود الدال علی الدوام و ترتب علیه الاثر.

و قد أجاب الشیخ"قده"عما ذکره کاشف الغطاء من لزوم کون اراده التصرف مملکا بأنه لا بأس بالتزامه اذا کان مقتضی الجمع بین الأصل و دلیل جواز التصرف المطلق و أدله توقف بعض التصرفات علی الملک.

و قال السید"قده"فی الجواب عما ذکره کاشف الغطاء"قده":

بأنه لیس کل من قال بالإباحه یقول بمملکیه اراده التصرف،بل یمکن القول بجواز التصرفات الموقوفه علی الملک مع الإباحه،بأن یکون"لا-بیع الا-فی ملک"مثلا-مخصصا بما نحن فیه،فالاباحه مترتبه علی البیع الذی جاز بالإجماع،و هی کافیه لجواز التصرفات.

أقول:وفیه ان کلام کاشف الغطاء"قده"متوجه إلی القائلین بالإباحه مع قولهم بمملکیه التصرف.

و قد أشکل السید"قده"علی الشیخ بمنع کون ذلک مقتضی

الجمع،بل الاولی هو الحکم بالملکیه من أول الامر،فانه مقتضی الجمع لأنه علی هذا لا یلزم طرح شیء.نعم لازمه طرح الأصل المقتضی لعدم الملکیه،و لا بأس به لتقدم العمومات علیه،و لو فرضنا تحقق الإجماع علی عدم الملکیه من أول الامر فالأولی طرح عموم ما دل علی جواز التصرف و الحکم بعدم شموله لما یکون موقوفا علی الملک،و لو فرضنا تحقق الإجماع علی جواز مثل هذا التصرف فالأولی طرح عموم ما دل علی توقفه علی الملک و الحکم بتخصیصه بغیر المقام عملا بقاعده السلطنه.

أقول:هذا یتوقف علی عدم تقید قاعده السلطنه و بقائها علی إطلاقها،أی شمولها لما منع عنه الشارع.

و قال المحقق الأصفهانی"قده":ان کان غرض کاشف الغطاء عدم مساعده لسببیه اراده التصرف أو نفس التصرف للملکیه، فما ذکره"قده"فی الجواب من أنه مقتضی الجمع بین القواعد وجیه،إذ لا فرق فی کفایه الدلیل علی السببیه بین اقتضاء دلیل بالخصوص و اقتضاء الجمع بین الادله،فالقاعده المتصدیه من الجمع بین القواعد کافیه.

و ان کان غرضه أن اثبات السببیه و لو بالجمع بین القواعد اثبات أمر غریب لا نظیر له فی الشریعه،فی قاعده جدیده.فما أجاب به أجنبی عن الاشکال،بل لأبد من اثبات نظیره فی الشریعه حتی یخرج عن الغرابه.

ثمّ أجاب"قده"عما ذکره الشیخ نظیرا بالفرق بین البابین،

ثمّ قال:"نعم الرجوع فی الطلاق بناء علی حصوله بمجرد الاستمتاع و لو لم یقصد به الرجوع یکون نظیرا لما نحن فیه".

أقول:بل یمکن القول بأن الطلاق الرجعی أیضا لیس نظیرا لما نحن فیه،فان الادله قائمه علی أن المطلقه رجعیا زوجه الرجل ما لم تخرج عن العده،فلو مات أحدهما توارثا،فلا تتحقق الزوجیه بالاستمتاع هنا.

هذا مع ان الملک یتوقف علی الوطی و الوطی متوقف علی الملک و هذا دور.

و عن بعضهم انکار توقف الوطی علی الملک بل یکفی ملک الوطی.

و قد أجاب المحقق القمی"قده"بأن هذا یستلزم جواز اجاره الامه للوطی.

و أجیب عنه بالنسبه إلی المعاطاه بأنه دفع للثمن فی مقابل الإباحه.

وفیه:ان الواقع هنا الإباحه فی مقابل الإباحه.

و أجاب الشیخ"قده"عما ذکره کاشف الغطاء"قده"من تعلق الأخماس و الزکوات بما أخذ بالمعاطاه بأنه استبعاد محض،فلا مانع من الالتزام بذلک،لان السیره المستمره قائمه علی معامله ما أخذ بالمعاطاه معامله الملک.

أقول:قد یقال ان قیام الدلیل علی التعلق لا یخرج الحکم عن الغرابه،بل یقتضی وضع قاعده جدیده،لکن لا یخفی أن القول بأن

السيره كاشفه عن الملكيه عندهم أولى من القول بأنه حكم تعبدى.

و قال السيد"قده":معنى كلام الشيخ عدم تعلق الخمس و الزكاه بهذا المال،فلا يجب على الأخذ لأنه ليس ما لإله،و لا على مالكه لأنه ليس بيده.

و دعوى:انه مخالف للسيره حيث انها جاريه على التعلق.

مدفوعه بأنه على هذا تكون السيره دليلا على التعلق.

أقول:ان ما ذكره"قده"يخالف ظاهر عباره الشيخ"قده".

ثمّ ان الاستطاعه الموجبه للحج لا تتوقف على الملك،بل يجب عليه الحج كما اذا أبيح له التصرف بمال من غير معاطاه.

كما أن أداء الدين مما أبيح له التصرف فيه جائز و لا حاجه إلى كون المال ملكا،كما اذا تبرع متبرع بأداء الدين من غير معاطاه.

و كذا الإنفاق على من يجب عليه،فانه غير متوقف على الملك بل يكفى فيه الإباحه.نعم لا يكون من تجب النفقه عليه ذا حق فى هذا المال.و كذا مسأله الغنى و الفقر،فلا يجب أن يكون مالكا حتى يكون غنيا لا يجوز له الأخذ من الزكاه،بل الغنى من كان عنده مئونه السنه ملكا أو اباحه.

نعم الخمس و الزكاه يتوقفان على الملك.

قال المحقق الأصفهانى"قده"بالنسبه إلى خمس ربح التجاره بالمأخوذ بالمعاطاه:انه يكون حصول الربح مسبوقا بالتكسب و التصرف

فی المال،فیکون مملکا له و لأصله،و لیس هذا غریبا آخر مع غرابه مملکیه التصرف.

أقول:لکن هناک فرض آخر،و هو أنه لو حسب ماله فی آخر السنه فوجد الزائد نفس المأخوذ بالمعاطاه لم یجب علیه الخمس لأنه لا یملکه.اللهم الا أن یقال:انه لما کان المال مباحا له بالإباحه المطلقه وجب علیه دفع خمس هذا المال من قبل مالکه لو کان ربحا له لکنه خلاف السیره و الفتوی.و کذا الزکاه،فلو ملک النصاب و حال علیه الحول عند الأخذ بالمعاطاه وجب علی الأخذ دفع زکاته من قبل مالکه،لأنه أجاز له التصرفات فلیکن منها دفع الزکاه عن صاحبه.

هذا،و فی مسأله أداء الدین مما أخذ بالمعاطاه حیث قلنا بعدم توقفه علی الملک کما تقدم اشکال من جهه أخری،و ذلک أنهم حکموا بتعلق حق الغرماء بهذا المال الذی أبیح للمدین التصرف فیه،و هذا لا وجه له بناء علی الإباحه فهو حکم غریب.

بل ان الإشکالات التی ذکرها کاشف الغطاء"قده"فی هذه الموارد وارده من جهه أخری،و ذلک لان مقتضی القواعد وجوب أداء الخمس و الزکاه علی المالک لا علی الأخذ بالمعاطاه،و کذا تعلق الاستطاعه الموجبه للحج بالنسبه إلی صاحب المال،و مثله مسأله الفقر و الغنی.فهذه الاحکام کلها تتوجه إلی صاحب المال لا المباح له التصرف فیه،مع ان الفقهاء لم یتعرضوا الیها بالنسبه الیه.و هذا غریب.

و أما حق المقاسمه فان المباح له یطالب الشریک بالافراز من

جهه أن المالک أباح له التصرفات المطلقه،و من جملتها ذلک،فکأنه مجاز أو وکیل من قبله فیه،و هذا لیس مخالفا للقاعده.هذا،لکن الواقع فی الخارج هو المطالبه بالاستقلال لا بعنوان الوکاله مثلا.

و قد یقال:ان اباحه جمیع التصرفات لیست حکما صرفا،بل یترتب علیها تعلق حق للمباح له بالمال،فهو حینئذ یراجع الشریک لأجل الافراز احقاقا لحقه.لکن الالتزام به مشکل.

و مسأله حق الشفعه کذلک،و قد نقل فی منیه الطالب عن المحقق الخراسانی "قده":ان حق الشفعه لا یتوقف علی الملک بل الإباحه کافیه فیه،ثمّ قال:و لا یخفی صحته.

أقول:ظاهر أدله الشفعه هو جواز الأخذ بها فی حال کون الأخذ شریکا فی الملک لا مباحا له،سواء کان شریکه المبیح له أو غیره.اللهم الا بتنقیح المناط،بأن یجعل المباح له کالمالک.و هو مشکل،مع انه یستلزم کون حق الشفعه لاثنین أو اکثر بیع واحد،و هو ایضا غریب.

و من الإشکالات:توریث ما أخذ بالمعاطاه و تصرف الوارث فیه کسائر ما ترکه مورثه،فإذا کان مباحا له کان مقتضی القاعده عدم جواز ذلک و إرجاعه إلی المبیح.

و قد أجابوا عن الاشکال بأن موت المباح له موجب للزوم الإباحه، نظیر الهبه حیث تلزم بموت أحد الطرفین،و تلف العین المباحه حیث یستلزم الملکیه آنا ما قبله.و فی المعاطاه تصبح الإباحه لازمه بموت

أحـدهما أو تلف أحـد العوضـين،و حينئـذ تكون الإبـاحه اللازمه ملازمه للملكيه،لأن الإبـاحه اللازمه تناقض عـدم الملكيه فلا يجتمعان.

و لم يستبعد المحقق الخراساني "قـده" القول بالإرث و صيروره الوارث كـالمورث فيمـا له من حق التصرف في المـال،فله ان يتصرف فيه التصرفات المطلقه التي كانت لمورثه على أثر الإباحه.

و لكن هـذا مشكل،فـان الإباحه هـذه ان كانت مالكيه فهي لا تفيـد الا التصرف،و ان كانت شرعيه تعبـديه فإنها ليست ملازمه للملكيه و لا للحق حتى يورث.

و الانصاف:الاعتراف بأن الوارث يتصرف في هذا المال باعتبار كونه مالكا لإذا حق،فما ذكره "قده" غير صحيح الأمن باب الجمع بين الادله،فان مقتضاه ثبوت الملكيه آنا ما.

و من الإشكالات:مسأله الوصيه.

فكيف يوصي المباح له بصرف مال غيره في شئونه ؟ و أيضا:كيف يجعل ما أخذه بالمعاطاه ضمن ثلثه فيما اذا أوصى بصرف الثلث في كذا ؟ فالحكمان غريبان.

قال المحقق الخراساني "قـده":انه لما أذن له في جميع التصرفات، شمل جعل المال من الثلث و صرفه في كـذا،فليست الوصيه موقوفه على الملك بل تجوز في مـال الغير بـاذنه،نظير سائر التصرفات.نعم لـو رجع المبيح عن الإبـاحه(و لم نقل بـالملكيه بالموت)فهو و الا فالوصيه نافذه.

أقول:وفيه انه يوصى بعنوان كونه مالا له لا لغيره،و أيضا لما يقول"اعطوا كذا لزيد بعد وفاتى"لا يصير المال لزيد،بل يتوقف على موته،بل كونه ملكا للموصى موقوف عليه كذلك و هذا معناه:

صيروره الوصيه بمال الغير سببا لمملكيه موته المال لزيد و هو غريب.

الا أن نقول بالملكيه آنا ما،فيكون المال ملكا له فيجوز الوصيه به و تنفذ بالموت،فليست فى مال الغير.و على هذا تكون"الوصيه"من صغريات الاشكال فى التصرفات الموقوفه على الملك كالبيع و العتق،و قد تقدم الجواب عنه.

و أما جريان الربا:فقد قال المحقق الأصفهانى"قده":يمكن أن يقال ان المعامله التى يملك المال بتصرفه فيه كالمعامله التى يملك المال بقبضه موضوع لهذا الحكم.

أقول:انه"قده"لم يوافق المحقق الخراسانى"قده"على هذا فيما تقدم و ان استلطفه فلا وجه لهذا الجواب.

و قال فى منيه الطالب:ان الربا لا يجوز فى تضمين المثل و القيمه فضلا عن التضمين بالمسمى.

أقول:مراده من"تضمين المثل و القيمه"غير واضح،فمن أتلف"منا"من الحنطه فلا يضمن الأكثر منه،و لا يجوز ان يأخذ نصف "من"من الحنطه الجيده بدلا عن"المن"من الرديه التى كانت له و ان كان فى قيمته.هذا تصوير ما ذكره،فالربا فى هذا المورد حيث

لا مسمی لا تجوز فضلا عن التضمین بالمسمی،و لکن هل هذا من الربا و القیمه واحده ؟ علی أن الربا انما تحرم فی المعامله،و هذا تضمین و إبراء للذمه لا معامله..الا اذا قام اجماع.

و لنصور ذلک فی القرض،فانه تملیک مال مع الضمان،أی له القیمه أو المثل،فان طلب شیئا زائدا لزم الربا،و هذا لا یجوز علی القول به،ففی التضمین بالمسمی بالأولویه.

أقول:ان کانت هذه معامله و أثرها کون المعوض المسمی ضمان العوض فیما اذا تلف.فإنها معامله و إتلاف فی مقابل إتلاف،و ان قلنا بعدم شمول الادله لها کانت اباحه فی الإتلاف فی مقابل اباحه،فالقول بلزوم الربا هنا یحتاج إلی الدلیل.

و أیضا:یمکن أن یقال بالإباحه هنا للإجماع و السیره القائمین علی جواز التصرفات الموقوفه علی الملک.نعم انهما لا یشملان المعاطاه التی لو کانت معامله بالصیغه لکانت باطله من أجل الربا أو الغرر أو غیر ذلک،فمورد الکلام هی المعاطاه الجامعه لشرائط البیع عدا الصیغه فالقول بالإباحه لا یستلزم ما ذکر،و القائل بها لا یلتزم هنا بالصحه، فالإشکال مندفع من هذه الناحیه،و هذا الجواب أولی مما ذکروا.

و من الإشکالات:کون التصرف من جانب مملکا للجانب الأخر و ان لم یتصرف.

و أجاب الشیخ "قده":بأنه مقتضی الجمع بین الادله.لکن

قال السيد"قده":انه لا اجماع هنا على أن التصرف مملك للجانب الأخر،فليكن مباحا له،الا ان يقوم اجماع على الملازمه بين الملكيتين حينئذ.

أقول:و على الإباحه فإنها اباحه لازمه،لعدم إمكان التراد لتصرف أحدهما فى ما بيده.و حاصل كلامه:عدم الدليل على هذه الملكيه، فلا مورد لأشكال كاشف الغطاء"قده".

و أجاب المحقق الأصفهانى"قده":بأنه كما ان اباحه التصرف ملازمه للإباحه و الاذن فى التصرف،فان اعتبار ملكيته لما بيده مقيد برضاه لان يتملك الأخر ما بيده.

أقول:ان هذا الرضا موجود اذا كان قصدهما حين المعاطاه الإباحه و التصرفات مطلقا،فهناك اباحه فى مقابل اباحه،و لكنه غير موجود بالنسبه إلى قصد الملكيه،لما تقدم من أن الملكيه أمر بسيط اذا انتفى انتفت الإباحه،فما ذكره فى الجواب عن كلام السيد"قده"غير تام.

و بالجمله:ان قام الإجماع على الملازمه فهو و الا فليس ذلك مقتضى الجمع بين الادله.

و من الإشكالات:كون التلف السماوى مملكا.

قال الشيخ"قده": ان ثبت اجماع أو سيره كما هو الظاهر كان كل من المالين مضمونا بعوضه،فيكون تلفه فى يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع لان

هـذا هو مقتضـى الجمع بين هـذا الإجماع مع عموم على اليـد ما أخـذت، و بين أصاله عـدم الملك الا فى الزمان المتيقن وقوعه فيه..

أقول:و تقريبه انه قد تحقق الإجماع على عدم ضـمان المثل و القيمه فى باب المعاطاه لو تلف أحد العوضـين،لكن مقتضى قاعده اليد هو ضمان أحدهما دون المسمى،فهنا يدور الامر بالنسبه إلى القاعده بين التخصيص و التخصص،لأنه ان كان ما نحن فيه من أفراد القاعده لزم ضـمان المثل و القيمه لكن خصـصت بالإجماع القائم على ضـمان المسـمى هنا،و ان كان التالف من ملك من تلف بيده لم تجر القاعده تخصصا.

و كونه من مال هذا يكون بأحد طريقين بحسب مقام الثبوت:

أحدهما حصوله من أول الامر أى من حين المعاطاه،و الآخر حصوله قبل التلف آنا ما.و حيث أن الاستصحاب يمنع من الأول فلا مناص من الالتزام بالثانى.هذا مع ما تقرر فى محله من أنه لو دار الامر بين التخصيص و التخصص فالثانى هو الاولى.

و قـد يورد على الالتزام بكون التالف من ملك من تلف بيده، بأنه متى تتحقق هذه الملكيه،فهل هو قبل التلف أو بعده أو مقارن له ؟ ان كان قبله فالمعنى كون التلف عله و الملكيه معلولا لكن المعلول لا يتقـدم على العله،و ان كان مقارنا فالمعنى تقارن العله و المعلول و هو غير معقول، و ان كان بعد فالملكيه بعد التلف لا معنى لها.و لا بد لدفع هذا الاشكال من أن نقول بمملكيه الأخذ بالمعاطاه بوصف تعقبه بالتلف،فالموجب

للملكيه هو وصف "التعقب بالتلف "،و حينئذ يدور الامر بين الملكيه من أول الامر و الملكيه آنا ما،و الاستصحاب مانع من الأول فالثانى.

و لكن الملك آنا ما يخالف قاعده السلطنه،فيقتضى الجمع تقدمها على الاستصحاب قاله السيد.

وفيه انها مخصصه بمقتضى الجمع بين الادله.

و بعد،فما الدليل على ملك الأخر للباقى فى يده ؟ قال المحقق الأصفهانى "قده":ان رضا ذاك من الأول بملك هذا للشىء مقيد بكون ما بيده عوضا عما أعطاه.

أقول:ان هذا الرضا غير نافذ شرعا،و لذا كانت قاعده اليد تقتضى الضمان.

و الواقع:انهم "قده"بحثوا عن ملك الذى تلف ما بيده و أثبتوه عن طريق الجمع بين الادله،و لم يذكروا وجها تاما لملك الأخر، و ليس الا الإجماع على الملازمه ان كان.

و من الإشكالات:مسأله الغصب،فان العين المأخوذه بالمعاطاه ان غصبت فان قلنا بأن الغصب يوجب الملك للمباح له فانه غريب، و ان قلنا بأن التلف عند الغاصب يوجبه له فهو غريب،و ان قلنا بأن التلف من مالكه الأول فهو غريب.ثمّ من الذى يطالب الغاصب ؟ قال الشيخ "قده":يجوز لكل منهما المطالبه،أما المالك فواضح،و أما المباح له فان ذلك من التصرفات المجاز فيها،و أما التلف

فهو من المباح له.قال:نعم لو قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله له.لكن الذى يهون الخطب هو ان الذى ذكره الشيخ "قده"فى الجواب بيان للحكم و ليس رافعا للغرابه.

و من الإشكالات:النماء،فان كان للمالك فهو خلاف السيره، و ان كان للمباح له فكيف ذا و الأصل ليس له،و ان كان النماء مملكا للعين فهو غريب.

قال الشيخ"قده":حكم النماء حكم الأصل،فكما يجوز له التصرف فيه يجوز فى النماء كذلك.

قال كاشف الغطاء:ما الدليل على جواز التصرف فى النماء ؟ ان شمول الاذن له خفى..

أقول:لم يجب الشيخ"قده"عن هذه الناحيه،و انما اكتفى بالقول بأن حكمه حكم الأصل،و لعله يريد أن الاذن فى الأصل اذن فيه و فيما يتعلق به،و ان هذا ليس خفيا عرفا.

و بعد:

ان قام دليل على القول بالإباحه فلا بد من الالتزام بكل هذه الأمور و ترتيب آثار و أحكام الملك على ما ليس ملكا،و إلا فإن هذه لوازم فاسده.

فلنرجع إلى الادله:

قال الشيخ"قده":ان رفع اليد عن الإجماع و استصحاب عدم

حصول الملك بالمعاطاه مشكل.و من جهه أخرى:رفع اليد عن السيره و اجماع المحقق الثانى أشكل.فالقول الثانى لا يخلو عن قوه.

أقول:اما دعوى الإجماع من المحقق الثانى فغير تامه،و لو سلم فهو غير كاشف عن رأى المعصوم،و كذا الإجماع الذى يدعيه القائل بالعدم.

بقى الاستصحاب من ذاك الجانب،و"أحل الله البيع"من هذا الجانب فإنهما عمده أدله الطرفين و من المعلوم أن الدليل مقدم على الأصل.

فالحق:هو القول بالملك.

و هل هو لازم أو جائز أوفيه تفصيل ؟ وجوه،و الأقوى الأول.

لزوم المعاطاه

اشاره

ص: ۹۱

[أدله لزوم المعاطاه]

اشاره

استدل للزوم بوجوه:

الأول:الأصل

اشاره

فان الأصل فی المعاملات هو اللزوم،و مرجعه استصحاب بقاء ملک المبیع للمشتری و الثمن للبائع،فیمتنع التراد و یکون البیع لازما.

و قد أورد علیه:بأنه من قبیل القسم الثانی من أقسام استصحاب الکلی،لان المستصحب اما اللازم و اما الجائز،فأما الثانی فمقطوع العدم بعد الفسخ،و أما الأول فمشکوک فیه من الأول و الأصل عدمه.

و الجواب هو ما ذکره الشیخ"قده"من استصحاب القدر المشترک بینهما.

و قد استشکل السید"قده"علیه:بأن الشک فی بقاء الکلی و ارتفاعه مسبب عن الشک فی بقاء اللازم و ارتفاعه،فإذا استصحب العدم انتفی الکلی.

و الجواب عنه:ما ذکره الشیخ"قده"فی الأصول بأن ارتفاع

الکلی و بقاءه لیس مسببا عن ذلک،لان لازم ارتفاع اللازم عقلا وجود الجائز،و هذا أصل مثبت،بل ارتفاع الکلی من آثار کون الحادث ذلک المقطوع بارتفاعه.قال:نعم لازم عدم حدوث الفرد الطویل مثلا عدم وجود ما فی ضمنه من المشترک لا ارتفاع القدر المشترک بین الأمرین.

و قد أورد المحقق الخراسانی"قده"علی هذا الاستصحاب:

بأنه یتم بناء علی جریانه مع الشک فی المقتضی،لکن الشیخ لا یری حجیته حینئذ.

وفیه:ان الفسخ أو التراد فی المعاطاه رافع للملکیه،فلو شک فیه کان الشک فی الرافع لا المقتضی،فالإشکال غیر وارد.

و قد یشکل علیه أیضا:بأنه معارض باستصحاب بقاء علاقه المالک الأول.

وفیه:ان هذه العلاقه انما تتحقق بعد البیع کخیار الفسخ الحادث بعد البیع،فلا حاله سابقه لها حتی تستصحب،و أما ان أرید انها مرتبه ضعیفه من الملک،فیجاب عنه بنفس الجواب المذکور،علی أن الملکیه لا تقبل ذلک،فالاستصحاب ساقط.

و قال السید"قده"فی جواب الشیخ"قده":ان موضوع الحکم الشرعی فی الاستصحاب ان کان ارتفاع الحادث و بقاؤه فما ذکره تام،و أما ان کان الوجود و العدم،بمعنی أن موضوع الحکم وجود الشیء و عدم وجوده لا ـ البقاء و الارتفاع کما ان فی استصحاب الطهاره

وجودها يصحح الصلاه و عدمها يبطلها،لا ان البطلان مشروط بعدم ارتفاع الطهاره فما ذكره غير تام.

وفيه:انه لا ينعدم الكلى بانعدام الفرد.نعم بوجوده يوجد، فالشك فى الكلى موجود و الاستصحاب جار.

ثمّ ان السيد"قده"بعد أن أورد هذا الاشكال جوز استصحاب الفرد المردد،فانه قبل الفسخ أو الرجوع كان فرد من الملك موجودا و بعده يستصحب ذاك الفرد لو شك فى بقائه.

أقول:و يبطله انه ليس للفرد المردد حقيقه.

استصحاب الفرد

و قد جوز الشيخ"قده"استصحاب الفرد الشخصى،بتقريب انه ليس المتزلزل و المستقر حقيقتين متمايزتين.نعم بينهما فرق من حيث الحكم و ان المجعول الشرعى فى أحدهما غير المجعول فى الأخر فالاختلاف فى الأسباب لا المسببات،كما أن الملك الحاصل من الهبه هو الحاصل من البيع،غير أن السبب مختلف.

و أورد السيد"قده"عليه:بأن هذا الملك غير ذاك عند العرف.

أقول:لا يبعد تماميه كلام الشيخ"قده"،لكن الحاكم فى المقام هو الوجدان.و يترتب على ذلك انه بناء على انكار الاتحاد لأبد من استصحاب القدر المشترك الذى ذكره الشيخ"قده"أو الفرد المردد الذى ذكره السيد"قده"لو تم و اما بناء على تماميته فيتوقف

أیضا کما ذکر المحقق الأصفهانی علی عدم وجود مرتبتین فی الملک من الشده و الضعف،فلو کان فلا مناص من استصحاب الجامع کذلک، لزوال الضعیف یقینا و القوی مشکوک فیه،و علی أن لا یکون لکل من المتزلزل و المستقر خصوصیه توجب تعدد الفرد،فانه أیضا مانع عن استصحاب الشخص و هو واضح.

قال"قده":ان ما ذکره الشیخ من الاتحاد یمکن المساعده علیه و کذا لا شده و ضعف فی الملک بل هو أمر اعتباری واحد و أما الخصوصیات فیحتمل وجودها،و حینئذ یفترقان من هذه الجهه.

قال الشیخ"قده":ان جواز الرجوع فی أحدهما دون الأخر لا ینافی الاتحاد،لان هذا حکم شرعی للسبب،و اختلاف السبب من حیث الحکم لا یوجب اختلاف المسبب و تعدده.

أقول:هذا نظیر ما اذا سافر زید ثمّ شک فی حیاته فتستصحب و الجهل بأبیه هل هو عمرو أو بکر لا یوجب تعدده،أما اذا جهل خصوصیه زوج امرأه فلم یعلم هل هو زید بن بکر أو زید بن عمرو و قد علمنا بموت أحدهما فان استصحاب بقاء الزوج لا یفید التعیین فإذا لا یمکن استصحاب الفرد فی هذه الصوره،لأنه ان کان زوجها ابن عمرو فقد فرض القطع بموته،و ان کان ابن بکر فهو مشکوک البقاء.

هذا،فان کان ما نحن فیه من قبیل الأول جاز استصحاب بقاء الشخص لان تعدد السبب لا یوجب تعدد المسبب،و ان کان من قبیل الثانی فلا یصح لتعدد المسبب أیضا.و الشیخ"قده"یجعله من قبیل الأول

فالموجود سابقا شخص الملک بغض النظر عن السبب و مع الشک فی بقائه و ارتفاعه یستصحب بلا اشکال.

و قال المحقق الخراسانی"قده":هذا یتم فیما اذا کان الحکم للسبب،الا أن الشیخ"قده"ذکر فی الخیارات ان جواز الرجوع و عدمه من أحکام الملک،و حینئذ یتعدد الملک المسبب باختلاف الاحکام.

و یمکن الجواب عنه بأنه:صحیح ان اختلاف الحکم یکشف عن اختلاف الموضوع لا بمعنی الموضوع المقید بالحکم کما ذکر تلمیذه المحقق"قده"فلکل منهما خصوصیه،لکن الخصوصیه تاره ترفع برفعها موضوع الاستصحاب و أخری لا ترفع،و لما کان موضوع الاستصحاب هو الفرد العرفی لا العقلی فان هذا الاختلاف هنا لیس مؤدیا إلی تعدد الموضوع عرفا حتی لا یجری الاستصحاب.

ثمّ قال الشیخ"قده":مع أن الشک فی کونه من خصوصیات السبب أو المسبب کاف لاستصحاب اللزوم.

أقول:قد ذکرنا أنه ان کان المتیقن السابق واحدا و شک فی بقائه و ارتفاعه فهو مورد للاستصحاب بلا اشکال،و ان کان مرددا بین شیئین لکن شک فی الباقی و المرتفع مع العلم بارتفاع أحدهما فلا یجری لان الاستصحاب لا یصلح للتعیین.و علی هذا فان علمنا بأن طبیعه المستقر و المتزلزل مختلفه و شککنا فی الباقی و المرتفع منهما فالاستصحاب لا یمکنه تعیین ذلک،و ان کان المسبب واحدا و التزلزل و الاستقرار من

خصوصيات السبب جاز.

هـذا،و كل شك مركب من يقينين،فالشاك فى النوم و عـدمه متيقن من انتقاض طهارته على تقدير النوم و من عدمه على تقدير عدمه، فله يقينان تقديريان و شك فعلى واحد.و من هنا يتولد الشك فى بقاء و ارتفاع الطهاره فيستصحب.

و كـذا فيمـا اذا تردد الخـارج منه بين المنى و البول،فـانه ان توضـأ يتيقن بارتفـاع الحـدث ان كان بولا و بعـدمه ان كان منيا،فهو شاك فى ارتفاع الحـدث حينئذ لكن غير شاك بالنسـبه إلى شـخص الأصـغر لأنه متيقن من ارتفاعه به و لا الأكبر لأنه متيقن من بقائه.فلا شك فى البقاء و الارتفاع بخلاف الفرض الأول.

و بما ذكرنا ظهر الفرق بين الصورتين،و لذا لا يجرى استصحاب الشخص فى الثانيه بخلاف الاولى.

و على هذا ان كان التزلزل و الاسـتقرار من خصوصـيات السـبب جرى الاستصحاب،و ان كان من خصوصيات المسبب لم يجر.و لو شك فى ذلك فالأقوى أيضا جواز استصحاب الشخص لأنه مع احتمال وحده المسبب فالشخص محتمل البقاء.

و الظاهر:ان الشك هنا فى البقاء و الارتفاع و انهما من خصوصيات السبب،فلا مانع من استصحاب الفرد.

و قد أورد السيد"قده"عليه بعدم احراز الموضوع.

قلت:كأنه يريد أن المورد شبهه مصداقيه لدليل الاستصحاب،

لـتردد الموضوع بين الشـک فی الارتفـاع و الشـک فی التعيين.لکن يمکن الإجـابه عنه بـأنه يوجـد هنـا الشـک الفعلی مع وجود اليقينين علی تقديرين،و وجودهما لا يضر بالشک الفعلی فی البقاء و الارتفاع،فلا مانع من الاستصحاب.

و الحاصل:ان الفرد المردد:تاره يکون مرددا بين اثنين، بأن يعلم بدخول أحدهما لا علی التعيين الدار مثلا،فمع الشک يستصحب بقاء الداخل و يرتب عليه أثر البقاء.و هذا استصحاب شخصی لکنه مردد بين اثنين،فلا يرتب عليه اثر أحد الرجلين بخصوصه.

و أخری:يعلم بـدخول أحـدهما الـدار مع العلم بـأنه ان کـان زيـدا فهو بـاق فيهـا،و ان کان عمرا فهو الآن خارج عنها.و فی هـذه الصـوره يستصـحب الکلی الجـامع بيـن الرجليـن و يـترتب عليـه آثـاره،و أمـا الفرد فمردد بيـن المقطـوعين و لاـ شـک فيه حـتی يستصحب.

و ثالثه:يعلم بدخول زيد بخصوصه،لکن لا يدری هل هو ابن عمرو أو ابن بکر،لأنه ان کان الأول فقد خرج يقينا و ان کان الثانی فهو بـاق يقينا،فهل هـذه الصوره تلحق بالأولی فيستصـحب الشـخص،أو بالثانيه فيستصـحب الکلی ؟ قيل بالأول و هو ظاهر کلام الشيـخ "قـده"، لاـن التقـدير مشـکوک فيه،و قيل بالثانی لعـدم احراز موضوع الاستصـحاب الشخصـی.و بعباره أخری الشک فی التعيين دون البقاء.

و أجاب عنه فی منيه الطالب بأنه لا شک فی الموضوع فی هذا

المقـام،لاـن الموضوع و هو القـدر المشترك محرز قطعـا و هو أصل تحقق الملك،لكن تردده بين الأمرين منشأ للشك في بقائه فيستصحب.

و لان المورد شـبهه مصداقيه لدليل الاستصـحاب،فيما إذا كان زيد في المثال مقطوع الخروج ان كان عمرو،و مشكوك الخروج ان كان ابن بكر،و لا فرق بين المخصص اللبي و اللفظي،أورده السيد المحقق الفشاركي و شيخنا الأستاذ (۱) قدس سرهما.

و توضـيحه:ان الواجب في الاستصـحاب هو ترتيب أثر في المتيقن على المشـكوك تعبـدا،كتنزيـل الشـك في تحقق النوم منزله اليقين بعـدمه، فيحكم ببقـاء الطهـاره،فلو انكشف الخلاـف وجب اعـاده الصـلاه التي صـلاها بتلـك الطهـاره،لكن جعـل الحكم الظاهري هذا مشروط بقابليه المورد و الا فلا يجعل.

و محـل الكلاـم من هـذا القبيل،فهو نظير ما اذا كان أمر الغائب عن أهله مرددا بين القطع ببقائه و القطع بموته،فان هـذا المورد لا يقبل جعل الحكم الظاهري لان أمره يـدور بين القطع بحياته فلا تقسم أمواله و لا تعتـد زوجته،و بين القطع بموته فلا تترتب عليه آثـار الحيـاه لاـن كلاـ طرفيه مقطوعين و لا شك في البين،و أما اذا كان أحـد طرفيه مقطوع البقاء أو الارتفاع و الآخر مشـكوك البقاء و الارتفاع فهي شـبهه مصداقيه لدليل الاستصـحاب المجعول لتنزيل المشـكوك فيه منزله المتيقن به،و التمسك به فيها غير جائز.

ص: ۱۰۰

۱- ۱) الفقيه الكبير آيه الله الحاج الشيخ عبد الكريم الحائري اليزدي "قده".

و كذا اذا كان للشبهه طرفان و دار أمر أحدهما بين الأمرين فإنها شبهه مصداقيه لدليل الاستصحاب فلا يجرى كذلك.

كلام الشيخ فى اثبات وحده الحقيقه

ثمّ ان الشيخ "قده "تمسک لإثبات وحده الحقيقه(بالوجدان) فقال:ان المحسوس بالوجدان ان إنشاء الملک فى الهبه اللازمه و غيرها على نهج واحد.

قال السيد "قده":ان أراد من "غيرها "البيع فلا نسلم الوحده لان إنشاء البيع المبنى على اللزوم عند العرف غير إنشائه فى الهبه المبنيه على الجواز عندهم،و ان أراد الهبه غير اللازمه فالأمر كذلک،و الاختلاف بينهما شرعى.

أقول:و الاولى أن يقال و ان لم أره فى كلام أحد:ان كانت الملكيه المتزلزله تغاير المستقره كان معنى قولهم عليهم السلام "البيعان بالخيار ما لم يفترقا "حدوث ملكيه أخرى عند الافتراق غير الملكيه الحاصله فى المجلس،و الحال أن الامر ليس كذلک قطعا،بل المتزلزل نفسه يلزم بالافتراق،فالملک حقيقه واحده غير أنه متزلزل تاره و لازم أخرى.

و(بالبرهان)بأنه ان كانت خصوصيه التزلزل أو الاستقرار من المالک بمعنى أنه ينشئ بحيث يكون مستقرا أو متزلزلا فلا بد أن يختلف الملک باختلاف حالات المالک من حيث قصده الرجوع و قصد العدم و عدم القصد.

ص :۱۰۱

هـذا کلامه"قده".و الأحسن أن یقال:انه ان قصد اللزوم فهو و ان قصد العدم فالتزلزل و إلا فهو ملک لا لازم و لا متزلزل حتی لا یرد علیه ان الشارع یحکم فی العقـد اللازم کالبیع باللزوم و ان قصـد الرجوع و بعـدمه فی الجائز کالهبه و ان قصد اللزوم،فالقول بتبعیه الملک للقصد باطل.

و ان کـانت الخصوصـیه من قبل الشارع لزم إمضاؤه العقـد علی غیر ما یقصـده المنشـئ،و هو باطل لما تقـدم من أن العقود تابعه للقصود.

أقول:و أما لو أنشأ المالک أصل الملک و عین الشارع الخصوصـیه لم یلزم التخلف،لان المفروض إضافته القیـد الیه لا وضع فرد غیر ما قصده المنشئ.لکن لیس حینئذ فردان بل التحقیقیه واحده و الاختلاف حصل باختلاف الحکم.

فتلخص أن الحق صحه استصحاب بقاء الملک.هذا کله فی الشبهه الحکمیه للمعاطاه.

الاستصحاب فی الشبهه الموضوعیه

و أمـا اذا کانت الشـبهه موضوعیه کأن یتعاطیا ثمّ یشک الطرفان أو أحـدهما فی أنه هل کان بعنوان المصالحه حتی تکون لازمه أو الهبه حتی تکون جـائزه فـالحق جریـان الاستصـحاب کـذلک،لاـن الشـک انمـا هو فی بقـاء نفس الملکیه الحاصـله بالمعاطاه فتستصحب،و أما کون الفرد الحاصل من الملکیه فی الهبه غیر الفرد الحاصل فی المصالحه

لو سلم التغاير بينهما فغير مانع من استصحاب شخص الملكيه الحاصله من هذه المعاطاه،و كذا لو تردد العقد الواقع بينهما بين البيع و الهبه.اذن أصاله اللزوم جاريه فى الشبهتين.

قال الشيخ"قده": نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجمله.

أقول:لو تداعيا كان قول المنكر للرجوع موافقا لأصاله اللزوم و عليه اليمين،و على الأخر البينه،و قد يكون الأصل موافقا لكليهما معا،كما لو ادعى أحدهما الصلح و أنكره الأخر و ادعى البيع فالموضوع واحد و عليهما معا اليمين،لان كلا منهما منكر و مدع.

و وجه قوله"يحتمل"وقوع الكلام بينهم فى أنه هل تلحظ النتيجه فى مقام التداعى أو يلحظ اللفظ ؟ فعلى الثانى يتحالفان فى مفروض المسأله،و على الأول لما كان المدعى للصلح يدعى اللزوم فى المجلس و المنكر له ينكر اللزوم وجب اليمين على أحدهما دون الأخر.

و وجه قوله"فى الجمله"قيام الأصل الحاكم فى بعض الموارد كأن يقول أحدهما هذه هبه،و الآخر يقول صدقه.فان كانت الثانيه فلا ترجع لأنها فى سبيل الله،و ان كانت الاولى فله الرجوع فيها،فلا تحالف حينئذ،إذ يعتبر فى الصدقه قصد القربه دون الهبه.فهذه جهه زائده فى تلك على هذه،فالمعطى المدعى للهبه ينكر قصده القربه،لأنه ينكر الصدقه و الآخر يدعى قصده لها،فالقول قول المعطى لأصاله عدم قصد القربه،و له الرجوع حينئذ بحكومه هذا الأصل على أصاله اللزوم.

هذا تمام الكلام فى الوجه الأول،و قد ظهر أن مقتضى الأصل مع قطع النظر عن الادله هو اللزوم.

الثانى:عموم"الناس مسلطون."

قال الشيخ"قده": و يدل على اللزوم مضافا إلى ما ذكر عموم قولهم"الناس مسلطون على أموالهم.".

أقول:استدل به بناء على اعتباره بعمل الأصحاب به.و وجه الاستدلال:ان مقتضى السلطنه أن لا يخرج المال عن ملكيه المعطى له بغير اختياره،فجواز تملك المعطى بالرجوع فيه من دون رضاه مناف لسلطنته المطلقه،فالمعاطاه لازمه.

لكن يضعف الاستدلال به وجوه:

۱ أنه لما كانت المعاطاه جائزه لم يكن رجوع المالك الأصلى منافيا لسلطنه الأخر،لأنه قد أقدم من أول الامر على عقد جائز.نظير جعل الخيار للبائع حين العقد،فانه لو فسخ لم يكن منافيا لسلطنه المشترى.

۲ ما ذكره المحقق الخراسانى"قده"من أنه يمكن أن يقال انه ليس الا لبيان سلطنه المالك على ماله و تسلطه عليه و انه ليس بمحجور،لا لبيان انحصار أنحاء السلطنه له عليه دون غيره ليكون دليلا على اللزوم.

۳ ما ذكره المحقق الأصفهانى"قده"من أن الحديث يفيد سلطنه المالك على جميع التصرفات الوارده على المال دون غيرها من

أنحاء السلطنه،فلا يفيد السلطنه على إبقاء أو ازاله الملكيه.

ثمّ قال الشيخ بعد التمسک بالحديث: فاندفع ما ربما يتوهم من أن غايه مدلول الروايه سلطنه الشخص على ملكه،و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالک الأصلى.

أقول:غرضه"قده"دفع توهم أنه يريد من الحديث إطلاقه ليشمل ما بعد الرجوع،حتى يكون تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه بل يريد أن تملک مال الغير عنه بالرجوع فيه بغير رضاه ينافى السلطنه التامه الثابته له عليه بمقتضى الحديث.و هل بين التقريبين فرق بأن يكون التمسک به قبل الرجوع لا من قبيل التمسک بالعام فى الشبهه المصداقيه ؟ أقول:معنى الحديث ان الناس مسلطون على أموالهم لأعلى أموال غيرهم،و كون سلطنه من لا يخرج المال عن ملكه الا برضاه أتم من سلطنه من ليس له الا التصرف فيه معلوم،و لكن الحكم لا يثبت موضوعه بل يترتب على الموضوع الثابت من قبل،فلا بد من دليلين أحدهما يثبت الموضوع و الآخر يرتب الحكم عليه،و هذا الحديث يفيد السلطنه للمالک على ماله و يتكفل افاده بقاء الملكيه،و ظاهر عباره الشيخ"قده" استفاده هذه الجهه أيضا من هذا الحديث.فظهر بطلان التمسک بالحديث لإثبات الملک مطلقا.

و يشهد بما ذكرنا أنا لم نجد أحدا من الأصحاب يقول بأن الادله النافيه للملک كأدله الخيار و الشفعه معارضه لقاعده السلطنه،و ذلک

ص :١٠۵

لان هذه تقتضی سلطنه الشخص علی المال ما دام فی ملکه،و أما دلیل الشفعه مثلا فیفید أنه لیس ملکا له.فهو کالوارد علی دلیل السلطنه..

کما أن أدله الحجر مثلا لا تعارض هذه القاعده بل تخصصها کما هو ظاهر.

و هذا الاشکال نفسه وارد علی المحقق"قده"فی مسأله القرض ان کان وجه تمسکه به علی النحو الذی تمسک به الشیخ"قده".

الثالث:قوله علیه السلام"لا یحل مال امرئ".

قال الشیخ"قده": و منه یظهر جواز التمسک بقوله علیه السلام "لا یحل مال امرئ الا عن طیب نفسه".

أقول:ان کان هذا الحکم تکلیفیا فالمراد لا یجوز التصرف فی مال امرئ الا عن طیب نفسه،و ان کان وضعیا فالمعنی لا ینفذ و لا یصح.

و الاستدلال به فی المقام یتوقف علی ظهوره فی الحکم الوضعی،حتی لا یجوز الرجوع،بمعنی عدم تأثیره الا عن طیب نفس المشتری.

قیل:ان نسبت الحلیه أو الحرمه إلی المعاملات کانت ظاهره فی الحکم الوضعی أی النفوذ و ان کان الموضوع عینا خارجیه کان ظاهرا فی الحکم التکلیفی،مثلا الخمر حرام أی شربه و لحم الخنزیر حرام أی أکله.و علی هذا یکون الحدیث ظاهرا فی الحکم التکلیفی، أی لا یجوز التصرف فی مال الغیر.

و قیل:ان نسبت إلی عین لا بما هی مال فهو تکلیفی مثل الخمر حرام،و ان نسبت الیها بما هی مال کان ظاهرا فی الحکم الوضعی مثل " لاَ تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ ".

ص:۱۰۶

أقول:أقول:و الصحیح أن ظاهره حرمه التصرف فی مال الغیر مطلقا الا برضاه.

قال الشیخ"قده": و توهم تعلق الحل بمال الغیر،و کونه مال الغیر بعد الرجوع أول الکلام مدفوع بما تقدم.

أقول:توضیح التوهم:ان هذا الحدیث یجوز التمسک به فیما اذا کان الموضوع معلوما،و کون المال ملکا له بعد الرجوع مشکوک فیه،فیکون من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و توضیح الدفع:ان تملکه عن الغیر بالرجوع فیه تصرف فی ماله،و هو غیر جائز بمقتضی الحدیث الشریف.

قال الشیخ"قده": مع ان تعلق الحل بالمال یفید العموم بحیث یشمل التملک أیضا..

أقول:غرضه"قده"ان هذا الحدیث یدل علی الحکم الوضعی و هو الفساد بالالتزام کذلک.و الصحیح کما قال السید"قده"ان کلمه"مع"زائده هنا،أی ان عموم"لا یحل.."یشمل جمیع التصرفات و منها التملک،فهو یقتضی عدم جواز التصرف الخارجی و کذا التملک من أول الامر،فلا شبهه مصداقیه حینئذ.

و لکن یتوجه ما أوردناه علی الاستدلال بحدیث السلطنه، فان الحدیث لا یتکفل الموضوع بل یقول:ان المال المفروض کونه للغیر لا یجوز التصرف فیه الا برضاه فتأمل.

ص:١٠٧

الرابع:آیه التجاره

قال الشیخ"قده": و یمکن الاستدلال بقوله تعالی" لاَ تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ ..".

أقول:و مما استدل به للزوم المعاطاه هذه الآیه الشریفه باعتبار ان الرجوع فیما ملکه بالمعاطاه لیس تجاره عن تراض،فیدخل فی عموم المنع،و المعنی بقرینه "تِجارَهً عَنْ تَراضٍ" لا تأکلوا مالا بعنوان التملک الا بالتجاره عن تراض.و بعباره أخری:المعنی ان سبب التملک منحصر بالتجاره عن تراض.

هذا اذا کان الاستدلال بجمله المستثنی بناء علی دلالتها علی الحصر.

قال الشیخ"قده": و التوهم المتقدم فی السابق جار هنا..

أقول:و فی نسخه"غیر جار هنا"،و الظاهر أنها الأصح،و غرضه "قده"ان الشبهه المذکوره حول دلاله"الناس مسلطون علی أموالهم" غیر جاریه هنا،لان الحکم هنا لیس الا النهی عن تملک مال الغیر الا بالتجاره عن تراض،و الرجوع لیس من مصادیق التجاره عن تراض.

و یمکن التمسک أیضا بالجمله المستثنی منها،فیکون المعنی:

لا تتصرفوا بنحو من الأنحاء فی أموالکم الا عن طریق التجاره عن تراض.

أقول:هل الآیه الکریمه تفید لا تأکلوا أموالکم بوصف "أَمْوالَکُمْ" ای بقید الإضافه إلی أصحابها،أو لا تأکلوا أموال غیرکم بعنوان أنها أموالکم،او الأعم من کلا الأمرین ؟ الظاهر ان المراد هو الثانی،أی لا تأکلوا ما تجعلونه ملکا لکم

بزعمكم مما هو بأيديكم بسبب من الأسباب الا التجاره عن تراض.

و بعباره أخرى:لا تتملكوا شيئا من الأموال الا بالتجاره عن تراض..

فيكون أكل الوارث ما ترك مورثه خارجا عن مدلول الآيه تخصصا.

ثمّ ما المراد من الباطل ؟ ان كان المراد الباطل الشرعى دلت الآيه على جواز الأكل المباح و ان لم تكن تجاره عن تراض،كأكل الماره مما يمرون به مثلا و على هذا لا يلزم التخصيص فى الآيه بذلك،و يكون الرجوع جائزا فيما اذا اذن الشارع و ان لم يكن تجاره عن تراض،و يكون الاستثناء حينئذ منقطعا.و المختار عند جماعه عدم دلاله الاستثناء المنقطع على الحصر،فالآيه تفيد النهى عن كل باطل و لا تفيد حصر غير الباطل فى التجاره عن تراض.و عليه فلو شك فى جواز الرجوع و عدمه يكون التمسك بالآيه لعدم الجواز تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لاحتمال اذن الشارع،اذا المفروض أن المراد من "الباطل "هو الباطل الشرعى، بمعنى ما لم يأذن به الشارع.

و ان كان المراد الباطل العرفى أى ما كان باطلا عندكم لا يكون مملكا لكم،فلا تأكلوا ما أخذتموه بشىء من تلك الأسباب الا التجاره عن تراض فعلى هذا يكون اذن الشارع فى بعض الموارد كحق الماره و الشفعه و نحوهما مخصصا لهذا"الباطل "،و كذا يكون نهيه عن بيع المنابذه و نحوه مخصصا لما هو"الصحيح"عندهم..و الاستثناء على هذا التقدير منقطع كذلك و لا دلاله له على الحصر أيضا.

ص :١٠٩

و أما اذا جعل الاستثناء متصلا كان تقدير المستثنى منه"بسبب من الأسباب"،أی لا تأكلوا أموالكم بينكم بسبب من الأسباب المملكه عندكم الا بسبب التجاره عن تراض..دل على الحصر،و كان "الباطل"قيدا توضيحيا و كأنه تعليل للنهى عن ما عدا التجاره عن تراض.و يلزم عليه تخصيص المستثنى منه،لإنفاذ الشارع جمله من الأسباب غيرها.

هذا،و الظاهر ان المراد من"الباطل"هو الباطل الشرعی، و جمله الاستثناء لا تفيد الحصر حتى يلزم التخصيص،فلو احتمل اذن الشارع فی الرجوع فی المعاطاه جاز له التصرف فی المال بعده بما جاز له التصرف فيه قبلها،لان معنى الاذن فی الرجوع هو جعل المعاطاه كالعدم.

و بالجمله يتوقف الاستدلال بالآيه على دلالتها على الحصر،أو دلالتها على حرمه أكل المال بالأسباب الباطله عند أهل العرف:

فأما الوجه الأول فان الشيخ"قده"و ان تمسك به هنا قد نفاه فی مبحث بيع الفضولی،و ذكر أن الاستثناء منقطع و لا يفيد الحصر، و جعله مثل"لأشی من الغنم بحرام الا الأرنب"،فانه استثناء منقطع و لا يفيد عدم حرمه ما عدا الأرنب من الحيوانات.نعم الحكم فی المستثنى منه عام،فليس شیء من الغنم بحرام،و ليس شیء من الأكل بالباطل بحلال.

و لا فرق فی عدم الدلاله على الحصر بين أن يكون"الباطل"

شرعيا أو عرفيا:أما الأول فلان المفروض عدم معلوميه بطلانه شرعا، و أما الثانى فان هذا باطل عرفا كما ذكرنا لكن الشيخ"قده" نفسه قال:اذا أجاز المالک الحقيقى کان المورد نظير أكل المار من الثمر الممرور به،فانه حينئذ يخرج عن كونه باطلا،و على هذا لا يصح التمسک بالجمله المستثنى منها هنا.

و أما الوجه الثانى ففيه أن ذلک أول الكلام،على أنه يستلزم التخصيص و التخصص،بل الآيه سياقها لا يناسب"الباطل"العرفى.

و بما ذكرنا ظهر عدم جواز التمسک بالآيه للزوم المعاطاه.

الخامس:أدله خيار المجلس

قال الشيخ"قد": هذا كله مضافا إلى ما دل على لزوم خصوص البيع،مثل قوله عليه السلام"البيعان بالخيار ما لم يفترقا".

أقول:تقريب الاستدلال بهذه الاخبار هو:أن المعاطاه بيع بالحمل الشائع،فتشملها أدلته و تترتب عليها أحكامه،و منها خيار المجلس، فالمتعاطيان بالخيار ما لم يفترقا،فإذا افترقا لزمت المعاطاه.

و التمسک بهذه الاخبار لأجل عدم جواز الفسخ بعد تفرقهما عن مجلس العقد تام كما هو واضح،و أما بناء على كون المعاطاه كالهبه فى جواز التراد لم يقتض ذلک المنع عن التراد.

السادس:قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"

قال الشيخ"قده": و قد يستدل أيضا بعموم قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .. ".

أقول قال فی مجمع البیان:و فی و أوفی بمعنی،و الثانی لغه أهل الحجاز.و تقریب الاستدلال کما ذکر الشیخ ان"العقد"هو "العهد"کما فی الروایه (۱) ،و مبرز العهد أعم من اللفظ و الفعل فیشمل المعاطاه،و تکون صغری لدلیل وجوب الوفاء بالعقد فیجب الوفاء بالمعاطاه.و مقتضی إطلاق الآیه وجوب الوفاء بها فی جمیع الأزمنه، فلا یجوز التراد و الرجوع.

و لیست الآیه ظاهره فی حرمه التصرف بمال الغیر،بل هی ظاهره فی عدم جواز الرجوع عن اعتبار الشیء ملکا للغیر،و منه ینتزع لزوم العقد بناء علی أن الاحکام الوضعیه منتزعه من الاحکام التکلیفیه،أو انه إمضاء لعمل اهل العرف و بنائهم علی اللزوم.هذا تقریب الاستدلال بالآیه.

قال فی منیه الطالب ما ملخصه:ان الآیه تدل علی اللزوم فی العقود اللفظیه،و أما المعاطاه فلا یمکن إفادتها للزومها ثبوتا مضافا إلی قیام الإجماع علی الجواز لان اللزوم فی العقود تاره شرعی تعبدی کما فی باب النکاح حیث حکم الشارع فیه حکما تعبدیا بعدم جواز الرجوع فیه بوجه من الوجوه و أخری حقی کما فی باب المعاملات اللفظیه کالبیع حیث جعل الشارع فیه الحق للمتبایعین فی جعله لازما

۱- ۱) قال الشیخ علی بن ابراهیم:حدثنی أبی عن النضر بن سوید عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام:قوله "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" قال:بالعهود. تفسیر القمی ۱ / ۱۶۰ و هی اما صحیحه و اما حسنه بإبراهیم بن هاشم.

و جعله غير لازم باشتراط الخيار فيه.

و أما اذا كانت المعامله بالمعاطاه فان الفعل يفيد المبادله و لكن لا يفيد الالتزام بها،بل هو خارج بالتخصص عن عموم الآيه الكريمه، لان العقد هو العهد و الفعل قاصر عن افاده هذا المعنى.

أقول:لأفرق لدى أهل العرف بين البيع بالصيغه و البيع بالفعل، ففى كليهما تمليك من البائع و تملك من المشترى،و لازم هذا التمليك و التملك عدم الرجوع،و من هنا يمكن دعوى أن الالتزام موجود فى القسمين.

و فى التبيان لشيخ الطائفه"قده":أجمع المفسرون على أن المراد بالعقود العهود،فيجب الوفاء بكل عهد حتى اذا كان قلبيا، و حينئذ فدعوى الفرق بين دلاله الفعل و دلاله اللفظ ممنوعه.نعم اللفظ يكشف عما فى الضمير و ليس الفعل كذلك و لذا يمكنه انكار قصد التمليك.

لكن هذا أمر آخر،فانا نقول:اذا علم تحقق أصل المعامله من الطرفين علم اللزوم بالالتزام،سواء كانت باللفظ أو بالفعل.

و قيل:ان المعاطاه عقد،و العقد هو العهد،و قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" ظاهر فى الحكم التكليفى،و الاستدلال به يختص بما اذا كان متعلق العقد(فعلا)،و أما اذا كان المتعلق(النتيجه)فلا وجه للاستدلال به،لان هذه المعاهده ان كانت جامعه للشرائط كانت النتيجه و هى الملكيه حاصله و مقتضى طبعها البقاء إلى أن يرفعها إلى أن يرفعها رافع و الا فلا،

ص :١١٣

سواء كانت بالصيغه أو بالمعاطاه،و أما عدم جواز التصرف فلان المفروض بيعه له،و من باع شيئا و ملكه لغيره فلا يجوز له التصرف فيه.

و هذا من أحكام البيع و لا علاقه له بمسأله الوفاء مطلقا،و على هذا لا يجوز أن يتمسك بالآيه للزوم المعاطاه و حرمه التصرف فيما أعطاه بالرجوع فيه.

و قد أجاب الشيخ "قده"فى أول الخيارات عن ذلك بما حاصله:

ان المراد بوجوب الوفاء هو العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه،فإذا دل على التمليك وجب العمل بما يقتضيه من الاحكام و الآثار من حرمه التصرف فيه و نحو ذلك.

أقول:وفيه ان عدم العمل بالحكم المترتب على النتيجه ليس مخالفه لدليل الوفاء،فمن نذر أن يكون الشيء ملكا لزيد فوفى بنذره و سلمه اياه ثمّ غصبه منه لم يحنث و ان ارتكب محرما.

فالأولى أن يقال فى الجواب:ان مفاد دليل الوفاء لا تنقضوا عهودكم و التزموا بالآثار المترتبه عليها،و عليه فان بقى على عهده فهو،و ان فسخ و رجع فان أنفذ الشارع ذلك فهو،و الا فانه يأمر بالوفاء بالعقد و الالتزام بالأحكام المترتبه عليه.و بهذا يندفع ما قيل من أن الآيه الشريفه لا تشمل عقد النتيجه.

ثمّ انه اذا احتمل فى مورد ان الشارع جعل العقد بقول الشخص "فسخت"كلا عقد،فلا عقد عندئذ حتى يتوجه اليه الامر بالوفاء.

و بعباره أخرى:تاره نشك فى تخصيص العام فحينئذ نتمسك به،و أخرى

يقوم دليل يرفع موضوع العام فلا يجوز التمسک به.و علیه فان کان العقد موجودا توجه الیه الحکم المذکور،و ان فرض معدوما شرعا لم یجز التمسک بعموم دلیل الوفاء،فظهر أن دلیل الوفاء بالعقد تابع للعقد حدوثا و بقاء،و مع الشك فی البقاء لم یجز التمسک به.

السابع:المؤمنون عند شروطهم

قال الشیخ"قده": و کذلک قوله علیه الصلاه و السلام"المؤمنون عند شروطهم"،فان الشرط لغه مطلق الالتزام،فیشمل ما کان بغیر اللفظ.

أقول:فیه أنه یتوقف علی القول بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائیه، و قد قام الإجماع علی خلافه علی ما نقل عن غیر واحد.

و أیضا:ان کان المراد وجوب العمل بالشرط فیکون حکما تکلیفیا کان الاولی أن یقال:علی المؤمنین الوفاء بشروطهم،و ان کان المراد هو الحکم الوضعی جاء فیه جمیع ما تقدم فی الدلیل السابق.

و الظاهر أنه حدیث أخلاقی کقولهم"المؤمن اذا وعد وفی".

نتیجه البحث

اشاره

قال الشیخ"قده": و الحاصل ان الحکم باللزوم فی مطلق الملک و فی خصوص البیع مما لا ینکر.

أقول:و یدل علی اللزوم بالإضافه إلی ما تقدم أدله الخیارات علی أنواعها،فانه بعموماتها تشمل ما کان بغیر اللفظ.

ثمّ قال: الا أن الظاهر فیما نحن فیه قیام الإجماع علی عدم اللزوم فی المعاطاه..

أقول:و لا يصلح الإجماع المدعى على عدم اللزوم لرفع اليد عن إطلاق الادله المذكوره،لعدم تنصيص الأصحاب على عدم اللزوم، بل قال أكثرهم بعدم افاده المعاطاه للملك،فاللزوم سالبه بانتفاء الموضوع اذن لا اجماع على عدم اللزوم بناء على القول بالملك.

قال الشيخ"قده": نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور ان أصحابنا بين قائل بالملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأسا،فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل.

أقول:و لكن هذا انما يتم فيما اذا كان القول بعدم اللزوم مما أفتوا به صريحا،فلو اختلفوا على قولين فى موضوع بالاستحباب و الوجوب و أفتوا بعد الحرمه كان القول بالحرمه احداث قول ثالث،و ان كانت الفتوى بعدم الحرمه مقيده بالفتوى بالاستحباب أو بالوجوب جاز القول بالحرمه.و بالجمله:ان نفى القولان الثالث كان القول به أحداثا و الا فلا.و ليس الإجماع المدعى فيما نحن فيه من الإجماع على النفى.

ثمّ قال"قده": و كيف كان فتحصيل الإجماع.. إلخ.

أقول:ملخص كلامه قدس سره الظن بتحقق الإجماع على عدم اللزوم.وفيه انه لا دليل اعتبار هذا الظن،اللهم الا أن يكون الظن بالإجماع الكاشف ظنا بقول المعصوم عليه السلام،الا أنه يتوقف على القول بحجيه مطلق الظن برأى المعصوم عليه السلام،و هو غير ثابت.

ثمّ قال: بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى البيوع

ص :۱۱۶

الخطیره التی یراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضی.نعم ربما یکتفون بالمصافقه،فیقول البائع "بارک الله لک"أو ما ادی هذا المعنی بالفارسیه.

نعم،یکتفون بالتعاطی فی المحقرات و لا یلتزمون بعدم جواز الرجوع فیها،بل ینکرون علی الممتنع عن الرجوع مع بقاء العینین.

نعم،الاکتفاء فی اللزوم بمطلق الإنشاء القولی غیر بعید للسیره و لغیر واحد من الاخبار کما سیجیء إنشاء الله تعالی فی شروط الصیغه.

و قد أشکل علیه السید"قده"بالنسبه إلی المحقرات بأن ترادهم فیها لیس من جهه بنائهم علی عدم اللزوم فیها،بل لعله من جهه عدم قابلیتها للاستنکاف عن التراد.

أقول:بل السیره العقلائیه قائمه علی الاکتفاء بالتعاطی و عدم اشتراط الإنشاء القولی مطلقا.

ص :۱۱۷

الکلام فی قوله(ع)"انما یحلل الکلام و یحرم الکلام"

لقـد اسـتدل بهذا الخبر تاره علی عدم افاده المعاطاه اباحه التصـرف و أخری علی عدم إفادتها اللزوم،جمعا بینه و بین ما دل علی صحه مطلق الـبیع کمـا صـنعه فی الریـاض،و هـو مـا روی عن خالـد بن الحجـاج أو ابن نجیـح (۱) قـال:قلت لابی عبـد الله علیه السلام:الرجل یجیئنی فیقول:

اشتر لی هـذا الثوب و أربحـک کـذا و کـذا.فقال:أ لیس ان شاء أخـذ و ان شاء ترک ؟ قلت:بلی.قال:لا بأس،انما یحلل الکلام و یحرم الکلام.

ص :۱۱۸

۱- ۱) رواه الشـیخ الکلینی"قده"فی باب بیع ما لیس عنده و الشـیخ الطوسـی فی باب النقد و النسیئه عن ابن أبی عمیر عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجیح و هو فی الوسائل ۶ / ۳۷۶.

الوجوه المحتمله فی الخبر

و قد احتمل الشیخ قدس سره فی قوله علیه السلام "انما یحلل الکلام و یحرم الکلام "وجوها أربعه:

الأول:أن یراد من "الکلام "فی المقامین اللفظ الدال علی التحریم و التحلیل،بمعنی أن تحریم شیء و تحلیله لا یکون الا بالنطق فلا یتحقق بالقصد المجرد عن الکلام،و لا بالقصد المدلول علیه بالأفعال.

الثانی:أن یراد من "الکلام "اللفظ مع مضمونه،کقولهم "هذا الکلام صحیح،و هذا الکلام باطل "،و یکون المراد:ان المطلب الواحد یختلف حکمه الشرعی من حیث الحلیه و الحرمه باختلاف المضامین المؤداه بالکلام.

قال: و علی هذا المعنی ورد قوله علیه السلام "انما یحرم الکلام " فی عده من روایات المزارعه.

و علی هذا فالمراد بالنسبه إلی مورد السؤال ان الکلام ان کان بمضمون البیع و الشراء کان أثره الحلیه،بخلاف ما اذا کان بمضمون المواعده و المقاوله،و ان کان المطلب واحدا.

الثالث:ان یراد من "الکلام "فی الفقرتین الکلام الواحد، و یکون الاختلاف فی الحکم الشرعی باعتبار الوجود و العدم.قال:

و یحتمل هذا الوجه فی الروایات الوارده فی المزارعه.

أی:الإیجاب و القبول ان وجدا حل التصرف فی مال الغیر و الا

فلا.اذن الافعال غير مؤثّره.

الرابع:أن يراد من "الكلام"المحلل خصوص المقاوله، و من المحرم إيجاب البيع،لأنه وقع قبل الشراء و هو غير جائز.

أقول:لا اشكال فی أن الراوی لا يريد السؤال عن حكم بيع قد وقع بلا لفظ،لأنه يعلم بعدم تحقق البيع،بل يقصد السؤال عن أثر هذا اللفظ الدال على المواعده و المقاوله،اما من جهه احتماله كون ذلک من مصاديق قوله عليه السلام "لأ-تبع ما ليس عندک"فقال الامام عليه السلام:أ ليس ان شاء أخذ و ان شاء ترک ؟ قال:بلی،فقال عليه السلام:لا- بأس..أی:لا بأس بهذه المواعده ما دام أمر القبول و الرد بيده بعد،فإنها ليست من مصاديق "لأتبع ما ليس عندک".

و اما من جهه احتماله أن هذه المقاوله توجب بطلان المعامله التی ستقع بينهما على الثوب،فالإمام عليه السلام يجيب بعدم البأس،لان الرجل ان شاء أخذ و ان شاء ترک.هذا حكم المسأله.

و انما الكلام فی تطبيق الكبرى على الصغرى،و ظاهر "انما يحلل الكلام و يحرم الكلام"كون الكلام نفسه محللا و محرما،و أما الاحتمال الثالث فخلاف الظاهر،كما ان جعل "يحرم الكلام"بمعنى ان عدم الكلام محرم خلاف الظاهر،بل المحرم و المحلل اما بمعنى ان الإيجاب و القبول الصحيحين يسببان حليه المثمن للمشتری و الثمن للبائع،و اما بمعنى ان المؤثر فی الحليه و الحرمه هو وجود الكلام،فالمؤثر فی حليه الوطی هو وجود صيغه النكاح،و المؤثر فی حرمته هو وجود صيغه

الطلاق.فالکلام نفسه محلل و نفسه محرم،و أما اراده غیر ما ذکر فمجاز و لا موجب لحمل الروایه علیه.

و علی هذا فلا بیع فی المقام حتی یبحث عن شرطیه اللظ و عدمها.

نعم یحتمل أن یراد من"الکلام"البیع بالإیجاب و القبول، و بما أنه غیر متحقق هنا فلیس بمصداق لقوله علیه السلام"لأتبع ما لیس عندک"و لذا قال علیه السلام"لا بأس".

و لکنه خلاف الظاهر.

و یحتمل أن یراد ان البیع یتحقق بالإیجاب و القبول و هو غیر متحقق قبل الشراء،و لذا قال"لا بأس"،إذ لو کان قبل الشراء بیع لکان باطلا.

و لکنه خلاف الظاهر کذلک.

و بالجمله:ان الروایه مجمله،و غایه ما یستفاد منها تأثیر"الکلام" فی المعاملات.فالاستدلال بها فی المقام غیر تام.

ثمّ ان الشیخ"قده"بعد أن ذکر أن الروایه لا تدل علی انحصار المعامله فی اللفظیه قال: نعم یمکن استظهار اعتبار الکلام فی إیجاب البیع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالکلام هو إیجاب البیع بأن یقال:ان حصر المحلل و المحرم فی الکلام لا یتأتی إلا مع انحصار إیجاب البیع فی الکلام،إذ لو وقع بغیر الکلام لم ینحصر المحلل و المحرم فی الکلام.الا أن یقال:ان وجه انحصار البیع فی الکلام فی مورد الروایه هو عدم إمکان المعاطاه فی خصوص المورد،إذ

المفروض أن المبيع عند مالكه الأول،فتأمل.

أقول:و لكن من الممكن أن يقال:ان للمورد هنا خصوصيه، إذ المعاطاه لم تتحقق.و الامام عليه السلام حصر البيع بالإيجاب و القبول معبرا ب"الكلام"فى مقابل المقاوله لا فى مقابل المعاطاه،إذ الواقع هنا هو الكلام لا الفعل.

و يحتمل التعبير ب"الكلام"من جهه الغلبه،إذ الأغلب تحقق البيع بالكلام.

و كيف كان فلا ظهور للروايه فى مقابل ظواهر عمومات البيع، لتكون داله على عدم افاده المعاطاه الملك أو اللزوم.

روايات اخرى فى الباب.

ثمّ انه"قده"قال: كما يشعر به قوله عليه السلام فى روايه أخرى وارده فى هذا الحكم أيضا،و هى روايه يحيى بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى:اشتر هذا الثوب أو هذه الدابه و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا.قال:لا بأس بذلك ليشترها و لا يواجبه البيع قبل أن يستوجبها أو يشتريها (۱) .

أقول:يعنى انه بقرينه هذه الروايه يفهم أن المراد من"الكلام" فى تلك هو البيع،أى ان تحقق البيع قبل الشراء فحرام و الا فحلال، لأنها تشعر باشتراط الكلام،لقوله عليه السلام"لا يواجبه البيع.".

۱- ۱) الوسائل ۶ / ۳۷۸ باختلاف يسير فى اللفظ.

الا أن هـذا لا يفيـد الحصـر حتى يقال بعدم تأثير المعاطاه بل الامام عليه السـلام تعرض فى الجواب إلى أحد فردى المعامله لأنه مورد السؤال و لا مفهوم لكلامه ليكون الفرد الأخر باطلا،بل هو مسكوت عنه.

قال: و يشـعر به أيضا روايه العلاء الوارده فى نسـبه الربـح إلى أصل المال.قال:قلت لابى عبد الله عليه السـلام:الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول:أبيعك بده دوازده.فقال:لا بأس،انما هى هذه المراوضه فإذا جمع البيع جعله جمله واحده (۱) .فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح أنه لا يكره ذلك فى المقاوله التى قبل العقد و انما يكره حين العقد.

أقـول:و لكن من أين نثبت له المفهوم ليـدل على الحصـر،بـل لعـل الامـام عليه السـلام أجـاب بهـذا الجواب لكون المورد مورد القول،لان الراوى قال:فيقول..

قال"قـده": و فى صـحيحه ابن سـنان:لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عنـدك،تساومه ثمّ تشترى له نحو الذى طلب،ثمّ توجبه على نفسك،ثمّ تبيعه منه بعد (۲) .

أقول:و هذه كسابقتها فى عدم الدلاله على الحصر،على أن قوله عليه السلام "ثمّ تبيعه "أعم من البيع اللفظى و المعاطاه.

۱- ۱) الوسائل ۶ / ۳۸۶ مع اختلاف فى اللفظ.

۲- ۲) الوسائل،كتاب التجاره،أبواب احكام العقود،الباب ۸ ج ۶ ص ۳۷۵.

تنبيهات المعاطاه

اشاره

و ينبغى التنبيه على أمور:

ص :۱۲۵

الامر الأول (هل يعتبر فی المعاطاه ما يعتبر فی البيع ؟)

اشاره

هـل يعتبر فی المعاطـاه ما يعتبر فی البيع من الشـروط مطلقا أی سواء قلنا بافادتها الملک أو قلنا بافادتها الإباحه أولا يعتبر فيها من ذلـک شـیء کـذلک،أو لأبـد من التفصـيل بين القـول بافادتهـا الملـک و القـول بافادتهـا الإبـاحه،أو التفصـيل بين مـا اذا قصـد المتعاطيان الملک و ما اذا قصـدا الإباحه ؟ ان قلنا:بأن المعاطاه تفيد الملک أعم من الجائز و اللازم فهی بيع،و لازم ذلک شـمول أحکام البيع لها حتی بناء علی القول بأنه بيع فاسد شرعا.

و ان قلنـا بافادتهـا الإباحه فهی بيع عرفا و لا يؤثر شـرعا الا الإباحه، و هل معنی هـذا:انه ليس بيعا شـرعيا أوانه بيع يفيـد الإباحه ؟ الظاهر هو الأول،لان البيع ما يفيد الملک،و ما لا يفيده فليس بيعا شرعيا لأنه لا يفيد الملک،و لا يخفی عدم الفرق بين هذا القول و القول بأنه بيع فاسد

لأنه ايضا لا يفيد الملك،فجعل الأول بيعا دون الثانى لأوجه له.

قال السيد"قده":قوله"بيع عرفا لا شرعا"ان أراد ان هذا بيع مع قطع النظر عن حكم الشرع فهو صحيح،و ان أراد أنه بعد لحاظ حكم الشرع من العرف هو بيع عندهم فليس كذلك.

أقول:ان كان المبنى هو وحده الموضوع له،غير أن الشارع يخطئ اهل العرف فى بعض الموارد من حيث التطبيق فالتخطئه تكشف عن أن موردها ليس بيعا عند المتشرعه أيضا فلا يشمله أدله الشرائط.

و ان كان المبنى هو ان اهل العرف قد وضعوا اللفظ لما يفيد الملك عندهم سواء أفاد عند الشارع أم لا فانه يكون بيعا عندهم، لكنهم بما هم متشرعه لا يرونه بيعا لعدم إمضاء الشارع له فيشمله ادله الشروط حيث ان الاحكام تنزل على المفاهيم العرفيه.

نعم لقائل ان يقول:بأنا نعلم حتى بناء على تغاير الموضوع له بأن الشارع لما جعل شرائط البيع،جعلها لكل بيع مملك فى اعتباره،و أما ما لم يكن كذلك فالبيع منصرف عنه فى نظره و ان كان بيعا فى نظر أهل العرف.

و لكن هذا انما يصح فيما اذا أراد الشارع أن يجعل البيع العرفى كلا بيع،كما هو الشأن فى البيع الربوى مثلا.و أما اذا أراد ترتيب اثر آخر عليه كالاباحه بعد التصريح بعدم افادته الملك،فان أدله الاشتراط تشمله و ان كان الموضوع له عنده غير الموضوع له عند أهل العرف لما مر.

ص :١٢٨

و قال المحقق الخراسانی "قده" ما توضیحه:أنه بیع عرفی لم یؤثر شرعا قبل وجود أحد الملزمات کتلف أحد العوضین،فهو لیس بیعا ابتداء حتی یتحقق أحدها،فهو شرط افادته التملیک و التملک.و حینئذ یکون بیعا شرعا و عرفا،و فی البیع عنها فی کلام المشهور القائلین بالإباحه هو البیع الشرعی بمجرده لأبد وجود أحد الملزمات،فانه حینئذ یفید الملک عندهم لا الإباحه الملزمه،و لذا یقولون بأن العوض الأخر الموجود ملک لمن هو بیده فی الفرض المذکور فعلیه هو بیع شرعی لکن بعد وجود أحد الملزمات،فیشمله أدله الشرائط.

قال الشیخ: فنفی البیع عنها فی کلامهم و معاقد إجماعهم..

أقول:الظاهر أن هذه العباره متفرعه علی القول بالإباحه،فانه بناء علیه لیس بیعا شرعیا بل هو عرفی،و یکون المعنی حینئذ ان الإباحه تفید الملک بالتالی،و یحتمل کونها متفرعه علی أول کلامه "قده"، أی:نفی البیع فی کلامهم حتی علی القول بالملک لان مقصودهم هو المؤثر فی افاده اللزوم زائدا علی الملک.

هذا کله بناء علی أن مقصود المتعاطیین و التملک،و أما مع قصدهما الإباحه فلیست بیعا شرعا و لا عرفا،لان الاذن فی التصرف لیس بیعا،اذا البیع کما قیل مبادله مال بمال..و علی هذا فما هو دلیل ترتیب أحکام البیع علی المأخوذ بالمعاطاه مع عدم إفادتها الملک و عدم قصدهما التملیک و التملک ؟ أما السیره فإنها دلیل لبی،فلا بد من الأخذ بالقدر المتیقن،و هو

المورد الجامع لشرائط البيع.و هل هناك إطلاق يشمل محل الكلام ؟ استدل بقوله عليه السلام"الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم"، فانه يدل بإطلاقه على افاده المعاطاه الإباحه مطلقا.

أقول:لكن الاستدلال به يتوقف على كونه مشرعا كما هو مختار السيد"قده"فلو شك فى اشتراط شىء فى معامله ما يتمسك به،و الظاهر وفاقا للشيخ قده خلافه،بل الحديث يدل على سلطنه الناس على أموالهم بالانحاء المشروعه فقط من البيع و الصلح و الإجاره و الهبه و نحو ذلك،فهو يفيد جواز بيعه و إجارته و هبته..و غير ذلك من المعاملات المشروعه من ذى قبل،فلا اطلاق له حتى يتمسك به فى موارد منع الشارع أو الشك فى تجويزه.

قال الشيخ"قده": و أما على المختار من أن الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا،أم لا كذلك،أم يبتنى على القول بافادتها للملك و القول بعدم إفادتها الا الإباحه ؟ وجوه..

ثمّ استشهد قده للأول بأمور،و خلاصه ذلك:ان المعاطاه بيع، فالأدله شامله لها،لأنها منزله على البيع العرفى،فيشترط فى صحه ما يراه أهل العرف بيعا كونه جامعا للشرائط الشرعيه التى اعتبرها،سواء كان الاثر الملك او الإباحه.

و أورد عليه السيد"قده":بأن البيع العرفى انما يصدق فى ما اذا لم يأت ردع عن الشارع،و إلا خرج عن كونه بيعا عرفيا،فلا موضوع تشمله أدله الشرائط.

ص :١٣٠

أقول:فيه انه لا ـ حقيقه شرعيه للفظ البيع،و ليس هو من الأمور التى اخترعها الشارع،بل امر متداول عند اهل العرف،فكما ان المفهوم من لفظ "الماء "فى لسان الشارع هو نفس المفهوم منه عند أهل العرف فكذلك "البيع "،فإذا قال:يشترط فيه كذا.كان معناه:يشترط فى هذا البيع المتعارف أن يكون كذا.

و أشكل المحقق الأصفهانى "قده "بأن دليل إمضاء البيع لا يعقل ان يكون موضوعه الا البيع العرفى.فانه القابل للإمضاء،بخلاف دليل اعتبار شىء فى البيع،فانه لا يعقل أن يكون موضوعه البيع العرفى بما هو لان اعتبار احد لا ينوط بنظر شخص آخر،فلا يعقل أن يكون الموضوع حينئذ غير البيع الشرعى،فانه المنوط فى نظره بشىء ،فالبيع المساوق وجوده لنفوذه هو المنوط بكذا و كذا،لأكل ما قصد به الملك.

فأدله الشرائط اذا لا تتوجه إلى البيع العرفى.

أقول:أن أراد الشيخ ان أدله الشرائط تخرج البيع العرفى عن كونه بيعا عرفيا فيما اذا فقد أحدها،كان الاشكال واردا،لان الشرط الشرعى لا يضيق المفهوم العرفى و لا يحدد اعتبار أهل العرف،لان المفروض اختلاف النظرين،و لا يؤثر نظر أحد الشخصين فى نظر الأخر.

و ان أراد ان أدله الشرائط تتوجه إلى البيع العرفى لا ـ بمعنى نفى البيعيه،بل بمعنى أن هذا البيع لا ـ يمضيه الشارع بدون هذا الشرط،فمتى كان واجدا له كان مؤثرا شرعا و الا فلا.فالإشكال غير وارد،إذ

لاـ تضـييق للبيع العرفى حينئـذ،بـل الادله تتوجه اليه نفسه و تضـيق دائره تأثيره فحسب،فالتأثير هو للجامع للشـرائط الشـرعيه،لا أن موضوع الادله هو البيع الشرعى.

ثمّ ان الشـيخ"قـده"بعد أن ذكر وجه التفصـيل المذكور ذكر تفصـيلا آخر،و هو:ان كانت ادله الشـروط ثابته بالنصوص فتشـمل المعاطاه، و ان كانت بالإجماع فلا.مثلا:كون الوزن معلوما فى الموزون قيل:

انه ثابت بالإجماع،و قيل:لا يشترط فيما اذا انتفى الغرر..فان كان اجماع فهو منصـرف إلى البيع الشـرعى،و ان كان نص فهو منزل على البيع العرفى.

و وجه الفرق:ان المجمعين انما يشترطون شـيئا فى البيع من جهه انهم متشـرعه،و أما النصوص فلعدم الحقيقه الشـرعيه تتوجه إلى المفاهيم العرفيه.

ثمّ قال الشيخ: و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوه .قال ما توضيحه:

امـا بنـاء على الملك فان هـذا بيع تشـمله الادله،و اما بناء على أنه بيع عرفى يفيـد الإباحه فان الحكم الشـرعى الثابت بقوله تعالى "أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ" مقتضاه افادته الملك ان كان صحيحا،فان لم يفده فمن أين الإباحه ؟ انه عن طريق اشتراط الأصحاب الصيغه،و كذا قوله عليه السلام"الكلام يحلل و الكلام يحرم"،و من هنا يقولون بافادتها الإباحه.

و على هـذا لاـ يكون لكلمـاتهم من ان المعاطـاه تفيـد الإبـاحه إطلاـق كـالنصوص ليشـمل الفاقـد للشـرائط لا سـيما مع اختلاف تعابيرهم فيؤخذ بالقدر

ص :۱۳۲

المتيقن،و هو الجامع للشرائط عدا الصيغه فإذا كان كذلك أفاد الإباحه.

فسواء كانت المعاطاه تفيد الملك المتزلزل أو المستقر أو الإباحه على اختلاف الأقوال فانه لأبد أن يكون جامعا للشرائط،لأنه هو القدر المتيقن من كلماتهم.

و هذا الذى ذكره قدس سره دليل آخر على الوجه الأول الذى اختاره و قواه.

كلام الشهيد"قده"

قال الشيخ قدس سره: ثمّ انه حكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى الأبعد تلف العين يعنى العين الأخرى ذكر:انه يجوز أن يكون الثمن و المثمن فى المعاطاه مجهولين،لأنها ليست عقدا، و كذا جهاله الأجل،و انه لو اشترى أمه بالمعاطاه لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن.

قال الشيخ: و حكى عنه فى باب الصرف أيضا أنه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاه النقدين.

و حيث ان الشيخ قدس سره يقول بكون المعاطاه بيعا،صار بصدد اثبات وجوب اجتماع شرائط البيع هنا و ان لم يكن عقدا على ما ذهب اليه الشهيد قدس سره،فقال فى الجواب: حكمه بعدم جواز

إخراج المـأخوذ بالمعاطـاه فی الصـدقات الواجبه و عـدم جواز نكـاح المأخوذ بها صـريح فی عـدم إفادتها للملك،الا أن حكمه رحمـه الله بعـدم اعتبـار الشـروط المـذكوره للـبيع و الصـرف معللاـ بـأن المعاطـاه ليسـت عقـدا يحتمـل أن يكـون باعتبـار عـدم الملك،حيث أن المفيد للملك منحصر فی العقد،و ان يكون باعتبار عدم اللزوم،حيث ان الشروط المذكوره شرائط للبيع العقدی اللازم.

ثمّ قـال قـدس سـره مـا ملخصه: و الأقوی اعتبارها و ان قلنا بالإباحه، لأنها بيع عرفی و ان لم يفـد شـرعا الا الإباحه،و مورد الادله الـداله علی اعتبـار تلـك الشـروط هو البيع العرفی لا خصوص العقـدی ،و لان إفادتها الإباحه تخالف القاعـده لان المفروض أن مقصود المتعاطيين هو الملك و حينئذ يجب الاقتصار علی القدر المتيقن،و هو المورد الجامع للشرائط عدا الصيغه.

لكن المحقق الأصفهانی "قده" قال:لا يعتبر شرائط البيع العقدی فی المعاطاه علی القول بافادتها الملك شرعا،اما لعدم المقتضی و هو قصور الدليل اللبی،أو لوجود المانع و هو السيره العمليه علی أوسع مما تقتضيه النصوص.

قال:و منه يتبين حال المسأله علی القول بافادتها الإباحه،لفرض دلاله دليل الشرط علی اعتباره فی البيع،و ما لا يفيد الملك فليس بيعا شرعا،و قد مر أن موضوع دليل الشرط هو البيع الشرعی دون العرفی.

و اما قصور دليل تأثير المعاطاه فی الإباحه عن شـموله لفاقـد غير الصـيغه أيضا فهو خلاف المشاهد من سـيره المسـلمين من عدم رعايتهم لما يعتبر

ص :۱۳۴

فی العقد القولی کما عن کاشف الغطاء قدس سره.

أقول:وفیه أنا قد ذکرنا سابقا ان أدله الشرائط متعلقه بالبیع العرفی،و لیس للشارع وضع فی قبال وضع أهل العرف،فالمعاطاه بیع و ان قلنا بالإباحه،فیجب رعایه الشروط المذکوره فیها شرعا حتی یترتب الاثر المذکور.

نعم،ما أفاده من شمول إطلاقات الادله للمعاطاه لکنها مقیده بالسیره القائمه علی عدم رعایتها فیها محتمل،و قد ذکره المحقق الخراسانی قدس سره أیضا،فانه بعد ما صرح قاطعا باعتبار الشرائط علی القول بالملک لکونها بیعا بلا اشکال قال:الا أن یقال ان السیره قد ألقت بعض ما یعتبر بالإطلاق أو العموم،لکنه رده بقوله و أنی لها بذلک.

و الانصاف أن رده فی محله،لعدم إمکان اثبات سیره من المتشرعه علی القاء بعض الشرائط المعتبره شرعا(نعم قد یکون ذلک من غیر المبالین بالأحکام الشرعیه)،و لا أقل من الشک فی تحقق هکذا سیره، فیکون الشک فی التخصیص،فیجب رعایه جمیع الشرائط کما ذکر الشیخ قدس سره.

اللهم الا أن یقال بأن الشرائط هذه شرائط للبیع فی حصول الملک،فإذا قلنا بالإباحه کانت أجنبیه عنها،فلا یلزم رعایتها فیها بناء علی ذلک.لکن الانصاف لزوم الشرائط بناء علی هذا أیضا،لان المتیقن من حصول الإباحه هو صوره اجتماعها فیها،و مع عدمه لا یقطع بحصولها بها.

ص :135

الکلام فی جریان الربا فیها

قال الشیخ "قده": و بما ذکرنا یظهر وجه تحریم الربا فیه أیضا و ان خصصنا الحکم بالبیع،بل الظاهر التحریم حتی عند من لا یراها مفیده للملک،لأنها معاوضه عرفیه و ان لم تفد الملک،بل معاوضه شرعیه کما اعترف بها الشهید رحمه الله.

أقول:و توضیح المرام:ان المعاطاه اما هی بیع و اما هی معاوضه مستقله،فان کانت بیعا جرت فیها أدله الربا مطلقا أی سواء أفادت الملک أو الإباحه فالمعاطاه الربویه محرمه و باطله أیضا.

و ان کانت معامله مستقله،فان تمسکنا بما ذکرنا آنفا من أن المتیقن من حصول الإباحه هو ما اذا کانت جامعه للشرائط،فلا بد من أن یقال انه مع کونها ربویه لا تحصل الإباحه بل هی معامله محرمه، و ان تمسکنا بالاطلاقات فحیث انها متوجهه إلی البیع و المفروض أن المعاطاه معاوضه مستقله فلا تجری فیها أدله الربا الا علی القول بجریانها فی غیر البیع من المعاملات کما هو الحق.

الکلام فی جریان الخیار فی المعاطاه

عباره الشیخ هنا لا تخلو من اجمال و اشکال،لأنه قدس سره قال و أما حکم جریان الخیار فیها قبل اللزوم فیمکن نفیه علی المشهور، لأنها جائزه عندهم فلا معنی للخیار.

ص: ۱۳۶

أقول:قوله"قبل اللزوم"غير ظاهر المعنى،لأنه لا يعلم أن المراد منه جعل الخيار للفسخ قبل اللزوم أو جعله قبل اللزوم للأخذ به بعده.و بعباره أخرى:هل المقصود جعله للأخذ به قبل اللزوم أو جعله قبله للأخذ به بعده ؟ و لم يتعرض الشيخ و لا أحد من المحشين لهذا الاشكال،فان كان المراد:جعله للأخذ به قبل اللزوم كما هو الظاهر من قوله بعد ذلك:

لا معنى للخيار،لزم لغويه الجعل،لان المعاطاه ليست لازمه بعد،بل يجوز فيها الرجوع،فما أثر جعل الخيار ؟ و أما ما يستفاد من بعض من الفرق بين جواز التصرف و التملك و بين جعل الخيار:بأن الأخذ بالخيار يصير العقد كالعدم بخلاف التصرف بدون الخيار فان البيع باق بعد و لم يقع فيه خلل.

ففيه:انه لا يرفع الاشكال،لان المقصود هو جواز التصرف فى هذه العين،فإذا كان له التصرف فيها بدون جعل الخيار فجعله لغو.

و ان كان المراد جعله فعلا للأخذ به بعد لزومه فلا لغويه،لعدم جواز الرجوع حينئذ الا به،كما هو الامر فى البيع بالصيغه.

و بالجمله فلا يصح الحكم بعدم المعنى لجعل الخيار بقول مطلق، لأنه يفيد لما بعد اللزوم،و أما بالنسبه إلى ما قبله فلا يصح سواء قلنا بالإباحه أو بالملك الجائز.و على هذا يناسب أن يكون"ان"فى قوله "و ان قلنا بإفاده الملك"وصيله،أى:لا معنى لجعل الخيار بدون اللزوم و ان لم نقل بالإباحه بل قلنا بالملك الجائز،لعدم الفرق بينهما

فی جواز الرجوع.

لکن ینافی ذلک قوله بعدئذ "فیمکن القول بثبوت الخیار فیه مطلقا."فان ظاهره کونها للتشقیق،فکأنه یقول:یمکن نفی الخیار علی المشهور من القول بالإباحه فلا معنی للخیار و الحال هذه،و أما علی القول بالملک فیمکن القول بجواز جعل الخیار.و علی هذا فیرد علیه أن الملاک فی لغویه جعل الخیار و عدمها هو اللزوم و عدمه،لا حصول الملک أو الإباحه،و لذا لو قیل بحصول اللزوم بالتصرف علی القول بالإباحه ایضا لما کان جعل الخیار لغوا.

و بالجمله فجعل الخیار فی محله لما بعد اللزوم سواء قلنا بالإباحه أو بالملک الجائز،و لا یصح لما قبله کذلک.

ثمّ لو تنزلنا عن ذلک و سلمنا کون(الواو)استئنافیه و(ان) تشقیقیه فانه یبقی الکلام فی قوله بعد ذلک:"بناء علی صیرورتها بیعا بعد اللزوم"مع انه قدس سره کرر القول سابقا و لاحقا بأن المعاطاه بیع قبل اللزوم و بعده حتی علی القول بالإباحه فإنها بیع لا یؤثر شرعا الا الإباحه.

فان قیل:انه یتکلم علی مبنی الآخرین.

قلنا:لیس الامر بأزید من أن یقال بأن المعاطاه لیست بیعا،بل هی معامله مستقله،فإنها أیضا لا تخلو عن أن تکون لازمه أو جائزه، فعلی الأول یصح جعل الخیار،و علی الثانی لا یصح.و علی هذا فلا معنی لهذه الجمله التی ذکرها فی هذا المقام،و کان الصحیح أن یقول

بناء على صيرورتها لازمه بعد الملزم،أی يصح جعل الخيار الآن للأخذ به بعد ما صارت لازمه بوجود الملزم.

ثمّ ان فی بعض النسخ لفظ "الإباحه" بدل لفظ "جائزه" و عبارته:و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور،لأنها اباحه عندهم فلا معنى للخيار.

و يرد عليه أيضا:أن ملاک صحه جعل الخيار و لغويته ليس الإباحه و عدمها،بل الملاک العام هو الجواز و عدمه،فإذا كانت المعاطاه جائزه فلا معنى لجعل الخيار،سواء قيل بالملک الجائز أو بالإباحه بلا فرق بينهما.فلو صارت المعاطاه لازمه بالتلف مثلا فهناک ينفع الخيار المجعول قبل ذلک،فيلزم دفع مثل التالف أو قيمته.

و مراده من الإطلاق فی قوله "فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم" هو أنه اذا بنينا على صيرورتها بيعا صح جعل الخيار،سواء كان الخيار مخصوصا بالبيع أولا،بل كان جاريا فی كل المعاملات.هذا فی مقابل التفصيل بين الخيارات المختصه به فلا تجری،لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهه الخيار،و بين غيره كخيار الغبن و العيب بالنسبه إلى الرد دون أخذ الأرش فتجری لعموم أدلتها.

و يمكن أن يكون الإطلاق اشاره إلى رد تفصيل آخر،و هو التفصيل بين القول بكون المعاطاه بيعا من أول الامر فيجری فيها أدله الخيار،و كونها بيعا استدامه و بالمآل فلا تجری،لانصراف الادله

ص:١٣٩

عنه.فهو رحمه الله يقول بثبوت الخيار بناء على صيرورتها بيعا مطلقا، أى سواء كان بيعا من أول الامر أو بقاء فى مقابل عدم جريانه لو لم تكن المعاطاه بيعا حتى بقاء.

ثمّ انه قال قدس سره فى ذيل كلامه: و أما حكم الخيار بعد اللزوم فيأتى بعد ذكر الملزمات.

أقول:هل كانت الاحكام المذكوره إلى الآن لما قبل اللزوم ؟ و على ذلك يتوجه الاشكال بعدم المعنى لثبوت الخيار مع عدم اللزوم الا اذا كان جعله هناك للأخذ به بعد اللزوم كما ذكرنا.و بالجمله فالملاك ما ذكرناه،و هو أنه لو جعل لزمان اللزوم صح و الا فهو لغو لا معنى له.

ص :۱۴۰

الامر الثانى (فى بیان مورد المعاطاه)

قال الشیخ"قده": المتیقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطی فعلاـ من الطرفین،فالملک أو الإباحه فی کل منهما یتحقق بالإعطاء منهما، فلو أعطی أحدهما و لم یعط الثانی فلا معاطاه،و مقتضی القاعده عدم تحقق الملک أو الإباحه.لکن عن جماعه من المتأخرین تبعا للشهید جعله من المعاطاه..

أقول:ان البائع لما یعطی المثمن یقصد تملیکه للمشتری بإزاء الثمن،فهو قاصد للتملیک و التملک معا،فیکون مثل إنشاء المبایعه بالقول،و قوله"بعت هذا بهذا"فانه بالأول یقصد التملیک،و بقوله "بهذا"تملک العوض،ثمّ المشتری لما یقول"قبلت"یقبل ما قصده البائع،و بذلک یتم البیع و یحصل الملک.فما ذکره الشیخ"قده" فی المقام غیر واضح،بل الإباحه أو التملیک حاصل بفعل البائع و قصده فقط،و إعطاء المشتری لیس الا وفاء بما التزم به بأخذ المثمن من البائع.

ص :۱۴۱

اللهم الاـ أن يقـال بـأن المعاطـاه فعـل،فلاـ بـد من ايجـابين و قبولين، كما فى منيه الطالب لكنه عـدل عنه فى الحاشـيه،لان الفعل أضعف فى الدلاله من القول،فيلزم التكرار حتى تتم الدلاله.

لكن الامر ليس كذلك فى الواقع،و لذا من يشترى بالمعاطاه نسيئه و يأخذ الشىء الآن يبنى على تماميه المعامله و صحتها،مع أنه لم يعط الثمن حين الأخذ.

ثمّ قال الشيخ"قده": و لا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاه..

أقول:هذا صحيح،و لكن نفس ما يتحقق بالمعاطاه النقديه يتحقق بالمعاطاه نسيئه،فكلاهما بيع.

قال: ثمّ صحه هذا على القول بكون المعاطاه بيعا مملكا واضحه..

و أما على القول بالإباحه فيشكل..

اللهم الا أن يدعى قيام السيره..

أقول:الانصاف عدم الفرق،على أن السيره قائمه بلا ريب.

قال: و ربما يـدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن واخـذ المثمن من غير صدق إعطاء أصـلا فضـلا عن التعاطى،كما تعارف أخذ الماء مع غيبه السقاء و وضع الفلس فى المكان المعد له..

أقول:الظاهر كون هذه الموارد من باب الاذن و الرضا،و السيره غير قائمه على عنوان التمليك و التملك فيها،فهو يشرب الماء مع علمه بأنه ملك للسـقاء،غير أنه يضـمن عوضه فيجعله فى محله.و أشـكل من ذلك مسأله الحمام،فهل هو شراء للماء الذى اغتسل به أو انه اجاره (مع انعدام الموضوع بالاستعمال)؟ بل الظاهر أنه من باب الرضا و الاذن مع ضمنا العوض.

نعم يمكن أن يكون فتح باب الحمام مثلا بمنزله الإعطاء، و وضع الفلوس فى المكان المعين بمنزله القبول،فيكون معاطاه.و لكنه بعيد أيضا،لأنه يستلزم الإعطاء لغير المعين فتأمل.

و لو أردنا صدق عنوان المعامله عليه فلا سبيل الا القول بالوكاله،نظير قول ولى الصغير للبقال مثلا متى جاء هذا الصغير بالفلوس فأنت وكيل فى إنشاء المعامله،بأن تأخذ الفلوس منه و تعطيه الشىء المطلوب.

قال: ثمّ لو قلنا بأن اللفظ غير المعتبر فى العقد كالفعل فى إمكان المعاطاه،أمكن خلوا المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأسا،فيتقاولان على مبادله شىء بشىء من غير إيصال،و لا يبعد صحته..

أقول:يمكن أن يكون مراده انه كما أن الفعل يقصد به التمليك كذلك اللفظ غير الصحيح،فهو يقصد إنشاء التمليك بلفظ غير مؤثر شرعا.و على هذا يمكن أن يكون معامله صحيحه،حتى و لو قال المشترى فى القبول لفظا غير مؤثر كذلك مع قصده القبول،و ذلك لتحقق البيع بذلك عند العرف،و السيره قائمه على كونه كالفعل.

و يمكن أن يكون مراده من المقاوله أو يتقاولا ـ فيما بينهما حول المعامله،ثمّ يتعاملا بناء عليه،فان كون هذا لهذا و ذاك للآخر ليس فعلا حتى يكون معامله،الا اذا أراد تحققها بأخذ كل منهما ما كان له بقصد التملك،و لكن كلامه "قده" قاصر عن افاده هذا المعنى.

ثمّ أقول:ان كان هذا بيعا عرفا فلا فرق بين القول بالملك و الإباحه و القدر المتيقن عند وجود اللفظ غير المعتبر فى العقد كونه معامله تقوم مقام المعاطاه،و هى بيع عند أهل العرف.

ص :١۴٣

الامر الثالث (فی بیان تمیز البائع من المشتری)

قال الشیخ "قده": تمیز البائع من المشتری فی المعاطاه الفعلیه مع کون أحد العوضین مما تعارف جعله ثمنا کالدراهم و الدنانیر و الفلوس المسکوکه واضح،فان صاحب الثمن هو المشتری(و صاحب المثمن هو البائع)ما لم یصرح بالخلاف.

أقول:هذا صحیح بالنسبه إلی مقام الاثبات،فلو ادعی صاحب الدراهم بأنه لم یقصد الشراء بل باع درهمه بالمتاع،و ادعی صاحب المتاع بیعه ایاه بالدرهم لا شراءه له بالمتاع،أمکن القول بمخالفه دعوی الأول للأصل،لان المتعارف جعل الدرهم ثمنا لا مثمنا.

و أما فی مقام الثبوت فلا،لان کون صاحب المتاع بائعا و صاحب الثمن مشتریا و ان کان متعارفا الا انه یتبع قصدهما،فإنهما ربما یقصدان ما لیس متعارفا بین الناس.

قال: و أما مع کون أحد العوضین من غیرها فالثمن ما قصدا قیامه مقام المثمن فی العوضیه..

ص :۱۴۴

أقول:هـذا فی مقام الثبوت،و أما فی مقام الاثبات لو تـداعیا و ادعی کل منهما أنه البائع و الآخر المشتری،فلا ظهور یرجع الیه،بل یرجع الامر حینئذ إلی الحاکم فیحکم فیه بحسب قواعد التداعی.

و قیـل:المشتری من یلحـظ فی عوض مـاله معطی خصوصـیه زائـده علی مـالیته،و البـائع من لا یلحظ فیه الا المالیه،فالمشتری من یعطی مـاله و یأخـذ اللحم مثلا لحاجته الیه لا لمالیته فقط بخلاف القصاب فانه یعطی اللحم و یأخـذ عوضه لا لخصوصـیه فیه بل بالنظر إلی مالیه العوض،فلو أعطی حنطه بدل اللحم أخذه لا بعنوان کونه حنطه بل لکونه مالا.

قال: و لو لم یلاحظ الا کون أحدهما بدلا عن الأخر من دون نیه قیام أحدهما مقام الثمن..

أقول:و أما اذا لم یقصدا شیئا،بل کل منهما یرید تملیک الأخر من دون قصد لأحد العوض،فوجوه:

۱ کون کل واحـد منهما بائعا و مشتریا،و یترتب علی ذلک عـدم انطباق الاحکام الخاصه بالبائع علی أحدهما،لأنها منصـرفه إلی البائع الذی لیس مشتریا.

۲ کون المعطی أولا هو البائع،فیکون الأخر المشتری.

۳ کونهـا مصـالحه و مسالمه،کما جاء فی الروایه الوارده فی قول أحـد الشـریکین لصاحبه"لک ما عنـدک ولی ما عنـدی"حیث حملوها علی التصالح.

۴ کونها معاوضه مستقله،و هی التی یعبر عنها بالفارسیه"سودا کردن".

أقول:و هل یتعقل الوجه الأول ؟ انه لما یملک أحدهما فهل الأخر یقبل ثمّ یملک أو انه یقبل التملیک و التملک ثمّ یعطی ماله وفاء بما التزم ؟ الظاهر هو الثانی،لان الأول تحصیل للحاصل،لان القبول یفید تملیکه ماله ایاه.

ثمّ ان الشیخ اختار الوجه الثانی،و وجهه:کونه المتعارف فی مقام الاثبات،و أما فی مقام الثبوت فالأمر یتبع قصدهما.

و أما الوجهان الثالث و الرابع فغیر صحیحین،لعدم عرفیه انعقاد المعامله بقول کل منهما"صالحت"أو إیجاب کل واحد.فالعقلاء لم یبنوا علی کون الإیجاب قبولا،فالایجابان و کذا القبولان لا یترتب علیهما أثر عند العقلاء سواء فی البیع أو غیره من المعاملات المتعارفه.

الامر الرابع (فی الوجوه المتصوره بحسب قصد المتعاطیین)

اشاره

قال الشیخ: ان اصل المعاطاه و هی إعطاء کل منهما الأخر ماله یتصور بحسب قصد المتعاطیین علی وجوه:

(أحدها)ان یقصد کل منهما تملیک ماله بمال الأخر،فیکون الأخر فی أخذه قابلا و متملکا بإزاء ما یدفعه.

أقول:و لا یخفی ان کلا منهما غیر قاصد للتملیک بالاستقلال،بل المراد من قصد التملیک هو التملیک الاستقلالی و الضمنی،فحق العباره أن یقال:فیکون أحدهما مملکا بإعطاء ماله و الآخر بأخذه قابلا و متملکا بإزاء ما یدفعه.

قال: فلو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه.

أقول:و اذا کان کذلک توجه علیه الاشکال بما ذکره فی الامر الثانی من أن القدر المتیقن من المعاطاه تحققها من الطرفین.الا أن

ص: ۱۴۷

يقال:بأن مراده"قده"من "القدر المتيقن"هو أن التعاطى تاره يكون فى مجلس واحد،و أخرى يكون العوض نسيئه،فالقدر المتيقن من المعاطاه هو المعاطاه النقديه،لوقوع الخلاف فى غيرها.

وفيه:انه لا يريد هذا المعنى البته،لتصريحه هناك بأنه اذا لم يعط الآخر لم تتحقق المعاطاه،و تصريحه هنا فى الامر الرابع بأنه لو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمامها.

و قد أشكل بعضهم بأنه لا يتعين هذا على هذا الوجه،لإمكان ان لا يقصد بأخذه التمليك بل بدفعه،و انما أخذ مقدمه لقبوله بدفع العوض، فلو مات قبل الدفع مات قبل تمام المعاطاه.

أقول:ان معنى الإعطاء بقصد التمليك ليس اخطار التمليك بالبال،بل مجرد إعطائه بقصد أن يكون له كاف.نعم يمكن أن لا يقصد التملك بالأخذ بل يقصده بالإعطاء،لكن الواقع فى الخارج خلافه.

(الوجه الثانى)ان يكون تمليك بإزاء تمليك.

أقول:هذا يتصور على وجوه:۱ ان يكون مقابله بالإحسان.

۲ أن يكون شرطا،فيكون كالهبه المشروطه بالعوض.۳ أن يكون مقابله بالتمليك كتمليك الدرهم فى مقابل تمليك الخياطه.

و هل التمليك يقبل التمليك،بأن يكون الإنسان مالكا لتمليك غيره ماله اياه ؟ ان"التمليك"لا ماليه له حتى يتملك أو يملك،و لا يدفع العقلاء

شیئا بإزائه.علی أن البائع للفعل "کالخیاطه" یراه قبل الإیجاب موجودا تحت سلطنته ثمّ یرفع سلطنته لیسلط غیره علیه،و لیس "التملیک" کذلک.

و من هنا قال "قده": و هذا بعید عن معنی البیع.

أی:لان تملیک خیاطه الثوب بکتابه الکتاب لیس بیعا،إذ البیع مبادله مال بمال،و لما لم یکن بیعا فما هو ؟ صلح أوهبه أو معامله مستقله ؟ قال: و قریب إلی الهبه المعوضه.

و ذلک لأنه لیس فی الهبه مال فی مقابل مال،بل هبه فی مقابل هبه.

قال: لکن اجراء حکم الهبه المعوضه علیه مشکل.

لأنا قلنا فی مسأله الهبه المعوضه بلزوم أن یکون الداعی هو الهبه.أو یشترط الهبه فی مقابل الهبه بأن یقول "وهبتک هذا بشرط ان تهب لی ذاک"،فیشترط فیها ایجابان و قبولان،و تکون الهبه الثانیه وفاء بالشرط الموجود فی ضمن الاولی.و لذا لو وهب الأول کان الشیء ملکا للثانی،فان وفی الثانی کان ماله ملکا للأول و الا فلا.بخلاف المقام،إذ المفروض هو التملیک بإزاء التملیک،فالمعاوضه بین تملیکین، و علی هذا لا یحتاج التملیک الثانی إلی إیجاب و قبول،و لذا لو لم یملک الثانی لم یترتب الاثر علی التملیک الأول.اذن،لا تشبه مسألتنا هذه مسأله الهبه المعوضه.

هذا،و قیل اذا جاز جعل العوض علی الهبه صح أن یجعل مالا، بمعنی جعل المال فی مقابل الهبه،فیقول:وهبتک هذا بشرط أن یکون هذا المال لی،فان قبل الهبه الاولی کان المال ملکا للواهب،فلا حاجه

إلى أن يقول صاحب المال بعد ذلك"وهبتك".

أقول:وفيه ان مفهوم"الهبه"هو التمليك لا بعوض،فاشتراطه فيها ينافى مفهومها.

نعم يمكن أن يقال بأن المال اعطى مجانا،لكن نفس الهبه"أى الإعطاء"ليس مجانا،لأنه فعل من الافعال فلا يكون بلا داع،فليكن الداعى هنا تملك ذاك المال.

هـذا و الشـيخ"قـده"يقول بالتمليك فى مقابل التمليك،و قال السـيد"قـده":يمكن أن يكون إعطاء الثانى وفاء بالعقد،و أما قبوله فهو يتحقق بأخذ الملك الأول.و حينئذ يصح للأول أن يطالب الثانى بتسليم ماله.

قال الشيخ"قده": فالأولى أن يقال انها مصالحه و تسالم على أمر معين أو معاوضه مستقله.

أقول:قـد ذكرنـا انه لاـ يعقل المعاوضه بين التمليكين.نعم يمكن اشتراط تمليك جزاء لتمليكه فى ضـمن عقـد صـلح،فيجب على الثانى التمليك وفاء بالشرط.

(الوجه الثالث)أن يقصـد الأول الإباحه بعوض،فيقبل الأخر بأخـذه اياه،فالـذى يعطى أولا يقول"أبحت لك هـذا بـدرهم"مثلا، و بذلك يبيح له جميع التصرفات فى الشىء ،لكنه يتملك الدرهم بإزاء هذه الإباحه.

و يأتى فيه الاشكال السابق،فان إنشاء المعاوضه بين الإباحه و المال غير معقول.

(الوجه الرابع)ان يقصد كل منهما الإباحه بإزاء اباحه الأخر، فكل منهما يقصد اباحه جميع التصرفات،أعم من أن يبيح بداعى الإباحه أو أن تكون اباحه معوضه.

هذا،و قد استشكل الشيخ "قده"فى هذين الوجهين الأخيرين من الوجوه الاربعه فقط،من جهه عدم جواز اباحه جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملك،كما أن السيد "قده"صور فى المقام وجوها أخرى و صححها جميعا،و انما أشكل فيها من الجهه المذكوره،لان هذا النوع من التصرف لا يسوغ لغير المالك،و اذنه ليس مشرعا.

أقول:انهم تعرضوا لهذا الاشكال،و لم يتعرضوا لأشكال التمليك بإزاء التمليك.و يمكن أن يقال فى دفعه:بأنه ليس المراد من ذلك الا لحاظ ان المملك يملك مع لحاظ تحقق تمليك الأخر،أى ان المراد من التمليك هنا هو التمليك المقيد بتعقب تمليك المالك الأخر،فلو لم يتحقق تمليك الثانى لم يترتب عليه أثره لعدم لحاظه حينئذ،نظير المقدمه الموصله التى ذكرها صاحب الفصول.

و قد أشكل المحقق الأصفهانى "قده"على قول الشيخ فى الوجه الثانى "فيكون تمليك بإزاء تمليك،فالمقابله بين التملكين لا الملكين، و المعامله متقومه بالعطاء من الطرفين.."بما حاصله:ان أراد انه لما أعطى الأول و لم يعط الثانى فملك الثانى لم يكن ملكا للأول فهو صحيح،لان المفروض أن هذا ملكه بإزاء تمليك ذاك،فما لم يملك لم يكن ملكه،و ان كان غرضه ان مال الأول ليس ملكا للثانى فهو مخدوش،

لأنه قد ملكه تمليكا صحيحا..

أقول:المفروض كون المعطى منشأ بإعطائه الإيجاب،و الأخذ بأخذه ينشئ القبول و التمليك،فالثانى يعطى بعنوان الوفاء و تسليم ماله اليه.هذا فى الوجه الأول،و فى الثانى يقول الشيخ "قده"انه بالاعطاءين يتم التعاطى،فالإعطاء الثانى قبول لا وفاء بالالتزام..

فالإشكال اجنبى عن المقام،لان المعامله ما لم يعط الثانى غير متحققه،فلا نقل و لا انتقال من الطرفين.نعم فى نظر المعطى قد حصل التمليك بإنشائه و به ملك تمليك الأخر،و لكنها فى الواقع غير تامه،لأنه فى هذه الصوره يكون إيجاب بلا قبول.

ثمّ قال"قده"ما حاصله:و يمكن دفع الاشكال و تقويه كلام الشيخ "قده":بأن هذا لما كان تمليكا بإزاء تمليك،فانه ما لم يتحقق ذاک لم يتحقق هذا،لان التمليک تاره يكون تسبيبيا(أى إيجاد العمل الموجب لحصول الملكيه،كأن يعطى بقصد التمليک)و أخرى تسبيبيا(أى إيجاد حصول الملک).و بعباره أخرى:إيجاد نفس الإضافه الملكيه،و حينئذ تاره يوجد اضافه الملكيه لماله إلى غيره فان هذا يتحقق بالإنشاء الصحيح، و أخرى يوجد اضافه الملكيه بإزاء اضافه الملكيه،فهو ينشئ لإيجاد الإضافتين،و حينئذ يتوقف على تحقق كليهما،و لا أثر لأحدهما من دون الأخر.

فالتمليک ان كان تسبيبيا بأن يوجد هذا السبب فى مقابل إيجاد السبب فان هذا السبب وحده ان وجد اثر أثره،و ان كان تسبيبيا فليس

ص :152

كذلك.فان أراد الثانى فالإشكال غير وارد،و ان أراد الأول ورد الاشكال.

أقول:و كيف كان فما لم يأت القبول لم تتحقق الإضافه أصلا.

و قال السيد"قده"معلقا على قوله"و المعامله متقومه بالعطاء من الطرفين":و يمكن أن يكون القبول بالأخذ،فيكون التمليک واجبا على الثانى من باب الوفاء،بل يمكن أن يقال:ان هذا هو المتعين..

و أورد عليه:بأن الشيخ قد فرض كون إعطاء الثانى قبولا،فكيف يكون الأخذ قبولا ؟ أقول:و الحق مع السيد"قده"،فان الإنشاء مركب من أمرين، فهو تمليک و معاوضه معا،و يكون قبول ذلک بالأخذ،و يجب عليه تمليک ماله اياه من باب الوفاء.

ثمّ هل يمكن جعل الاعطاءين بمعنى كون إعطاء الأول إيجابا و إعطاء الثانى قبولا ؟ ان معنى جعل إعطاء الثانى قبولا هو أن يعطى بقصد التمليک فى مقابل إعطاء الأول به،فكل منهما يقصد تمليک ماله بإزاء تمليک الأخر،فإذا كان عطاء الثانى إيجابا للتمليک و قبولا للتملک معا لزم محذور الجمع بين لحاظين متضادين،لوضوح أن أحدهما فعل و الآخر انفعال.هذا،و يتوجه المحذور المذكور إلى الوجهين الثالث و الرابع فيما اذا أريد إنشاء الإباحه و المعاوضه بين الإباحتين،بأن يلتزم كل منهما بإباحه ماله للآخر،نظير الإباحه و الصلاح على التزام الطرفين بالإباحه لأنه يستلزم الجمع بين اللحاظين،إذ أحدهما آلى و الآخر استقلالى.

و أما اذا أريد الإباحه بداعى الإباحه،او أن يكون الغرض من

العوضیه کون الإباحه من الأول مقیده بإباحه الثانی،بأن یبیح له التصرف فی ماله فیما اذا أباح الأخر کذلک و الا فلا،لم یتوجه المخدور.

هل یجوز اباحه جمیع التصرفات

لکن الشیخ"قده"یستشکل فی أصل اباحه جمیع التصرفات، سواء کانت بإزاء مال أو اباحه،فهل للمالک أن یبیح جمیع التصرفات حتی الموقوفه علی الملک مع عدم تملیکه المال ایاه ؟ و هل له أن یبیح ماله بإزاء مال،بأن یکون مالکا للعوضین و للآخر التصرف فی مال هذا فحسب ؟ لقد قال رحمه الله بعدم الجواز،لان اذن المالک فی التصرف لیس مشرعا،و انما یؤثر اذنه فی کل مورد لم یرد فیه من قبل الشارع.

و علیه فقوله:أبحت لک عتق عبدی عنک،او نکاح أمتی،أو وقف مالی..و نحو ذلک.لا أثر له،لقول الشارع:لا عتق الا فی ملک، و لا وقف الا فی ملک،و لا وطی الا فی ملک،و لا بیع الا فی ملک..

مع ان البیع مبادله مال بمال عرفا،أی کون البائع مالکا للثمن فی مقابل ملکه،و المشتری مالکا للمثمن عوض ملکه و هو الثمن،فکل منهما یتبدل ملکه بملک الأخر،و هذا المفهوم غیر متحقق فی هذه الصوره، إذ المفروض کون المال الذی فی ید الأخر ملکا للمبیح.

قال:نعم یمکن رفع الاشکال بأحد وجهین مفقودین هنا:

الأول:أن یقصد بقوله"أعتق عبدی عنک"مثلا أمرین:أحدهما

تملک المخاطب العبد أولا،و الثانی بیعه بعد ذلک.فیکون معنی هذا الکلام:اعتقه العتق الصحیح شرعا،أی أنت وکیلی فی تملکه،فإذا تملکته فلک عتقه عنک،أو اقصد تملکه أو لإثم اعتقه عنک.

و بالجمله:اذا کان یقصد الاذن فی العتق الصحیح فانه قاصد للاذن فی مقدمه هذا العتق،لان الاذن فی ذی المقدمه اذن فی المقدمه کذلک.

الثانی:أن یدل دلیل شرعی علی کون الشیء ملکا له قبل التصرف الموقوف علی الملک و أما اذا کان الدلیل القائم عقلیا فاللازم الالتزام بالملکیه آنا ما و لیس الدلیل الشرعی المقتضی لذلک الا قاعده السلطنه.

قال الشیخ "قده":و کلا الوجهین مفقود هنا:اما الأول:فلان المفروض عدم قصد شیء الا إباحه التصرفات،و اما الثانی:فلان القاعده المذکوره لا تفید جواز الاذن فی بیع مع عدم الملک،لأنها لا تجوز ما لا یجوز شرعا،و ان قوله علیه السلام "لا بیع الا فی ملک" حاکم علیه.

أقول:فالحاصل ان الشیخ "قده" لا یجوز الإباحه فی التصرفات علی إطلاقها بدون التملیک،الا أن یوکله فی النقل و الانتقال کما قال العلامه "قده" فی مسأله "أعتق عبدک عنی"،حیث صحح هذا العتق بأنه استدعاء للتملیک ثمّ عتق العبد،فالاستدعاء هذا متضمن للتوکیل فی التملیک و القبول من طرفه ثمّ عتق عبده من قبله،فالعتق عنه قبول للاستدعاء و تملیک له..ففی الحقیقه هذا بیع ضمنی غیر مشروط بشرائط البیع،و کذا الامر لو قال "اعتق عبدی عنک"..

و أما اذا لم یکن فی البین توکیل فالاباحه غیر صحیحه.فلو

اذن له فی أن يتصرف فی ملكه مطلق التصرفات لم يصح،سواء كان التصرف بعنوان شخصی كأن يقول"اشتر بمالی لک كذا"،أو بنحو العموم كأن يقول"أبحت لک جميع التصرفات".فان تصرفاته غير صحيحه،فلو باع الشیء كان لنفس المالک لا للبائع المباح له و يكون عقده موقوفا علی اجازه المالک كالفضولی.

لا يقال:اذا جاز أن يكون"أعتق عبدک عنی"متضمنا للتوكيل، فليكن "اشتر بمالی لک كذا"كذلک.

لأنه يقال:ان استدعاء العتق لازمه التوكيل فی المثال المذكور لعلمه بعدم وقوعه بدونه و هو يريد العتق لا محاله،فيدل بالدلاله الاقتضائيه علی إيجاد المقدمه ثمّ العتق.و أما اذا كان بصدد الإباحه مستقله فهو ينشئ الإباحه لا انه يستدعی العتق،فانه لا يترتب علی هذه الإباحه شیء.

الا أن يقال:ان الإباحه مستلزمه للاذن فی التملک،فيكون البحث صغرويا،و صورته:لو قصد الإباحه فقط فهل له دلاله اقتضائيه ؟ يقول الشيخ:لا،و يقول بعضهم:نعم.

أقول القول بظهور دلاله الاقتضاء فی المقام يتوقف علی القصد، و المفروض أنه لأقصد هنا،فكأنه يقول بأنی لا أريد التمليک بل أبيح لک بيع هذا المال،فلا دلاله اقتضائيه حينئذ،فالحق مع الشيخ"قده".

موارد النقض علی ما ذكر

هذا،و ربما يتوهم خلاف ما ذكر فی موارد،و لكن ليس الامر كذلک فی الواقع:

منهـا:مسـأله ديه الميت،فـان الميت لم يكن مالكـا لهـا،لكنهـا تكـون لـوارثه بموته(مع أن:كلمـا ترك الميت من مـال أو حق فهو لوارثه)فمقتضى الجمع بين الادله ثبوت الملك التقديرى،و القول بتملك الميت لها آنا ما قبل الموت.

و منهـا:مسـأله بيـع من ينعتـق عليه،فمقتضـى الجمـع بين(لاـ عتـق الاـ فى ملـك)و بين مـا يـدل على أنه(لاـ يملـك الإنسـان أحد عموديه)هو الملكيه آنا ما قبل العتق.

و منهـا:مسـأله الهبه،فلو وهب ماله إلى غيره ثمّ باعه و العين باقيه قبل الرجوع فى الهبه صـح بيعه،لان هـذا البيع رجوع فى الحقيقه عن الهبه لو كـانت لغير ذى رحم،فكأنه قـد رجع فى الهبه ثمّ باع، فالبيع واقع فى ملكه و لا حاجه إلى الالتزام بالملكيه آنا ما قبله كما هو واضح.

و منها:مسأله بيع ذى الخيار،فلو باع المتاع قبل فسـخ عقـد البيع صح بيعه،لان هذا البيع يكشف عن تحقق الفسخ قبله،و لذا لو بنى على عدم الفسخ و باع المتاع باعتبار كونه لطرفه لم يقل أحد بصحه بيعه.

هل يجب دخول كل من العوضين فى ملك مالك الأخر ؟

هذا،و قد ذهب بعضهم بكفايه صدق"البيع"على المعاوضه و المبادله الشرعيه،و انه لا يلزم دخول الثمن فى ملك البائع و المثمن فى ملك المشترى بالبيع.خلافا للشيخ"قده"،و ادعى وقوع ذلك

ص :۱۵۷

فی موارد،منها مسأله المهر،فانه عوض عن البضع و یصح أن یبذل الرجل المهر و تکون المرأه زوجه غیره،و یصدق علی ذلک عنوان المعاوضه.

(أقول)وفیه:

أولا:جعل المورد من قبیل المعاوضه مشکل،لان البضع لیس مالا حتی تکون مبادله بین المالین.

و ثانیا:المهر لیس عوضا عن البضع (۱) ،إذ لو کان عوضا کان مقتضی القاعده عدم تحقق النکاح عند انتفاء المهر،و الحال انه یجوز العقد علی المرأه قبل تعیین المهر لو کانت مفوضه المهر،ثمّ انه یعین مهرها و الا فیجب دفع مهر المثل شرعا.

نعم یجوز أن یعقد ولی الصغیر له علی امرأه و یضمن هو مهرها لو لم یکن للطفل مال،و لکن هل یضمن الولی المهر للمرأه ابتداء أو أنه یثبت فی عهده الصغیر و یضمنه الولی ؟ و علی الثانی:لا اختصاص للحکم بهذا المورد،فلو عقد علی امرأه بمهر فی الذمه ثمّ طولب به جاز أن یضمنه غیره عنه و لو قلنا بأن الضمان نقل الذمه من الذمه.

اللهم الا أن یرید القائل صدق العوضیه فی بعض الموارد عرفا، و لکن هذا العوض لیس عوضا معاملیا.

و منها:ما لو قال"خط لزید ثوبا و علی العوض"،فانه تصدق

۱- ۱) و مما یدل علی ذلک قوله تعالی "وَ آتُوا النِّساءَ صَدُقاتِهِنَّ نِحْلَةً.." سوره النساء:۴.

العوضيه مع أن المعوض و هو خياطه الثوب لزيد لا لباذل العوض.

(أقول)وفيه:

أولا:ان هذا ليس معاوضه،بل هو من قبيل الضمان.

و ثانيا:سلمنا صدق المعاوضه عرفا،لكن الخياطه هنا ليست ملكا لزيد،بل باذل العوض مالك للعمل،غير أن زيدا ينتفع من هذا العمل،و يشهد بذلك صحه مطالبه الباذل العمل من الخياط دون زيد.

و منها:مسأله أداء الدين،بأن يؤدى زيد دين عمرو لدائنه.

وفيه:انه إبراء و اسقاط و ليس فيه معاوضه.

أقول:فالظاهر ان الحق مع الشيخ "قده" خلافا للقوم،و لا أقل من الشک فی صدق عنوان "البيع" على هذه الموارد،فلا تشملها أدله البيع.

على أن الأصحاب ذهبوا إلى أنه لو باع مال الغير فضوله لنفسه فأجاز المالک الأصلی کان العوض للمالک دون البائع،و لو کان مجرد المعاوضه کافيا لصدق البيع کان الثمن للفضولی،و الحال أنه لم يقل به أحد هناک حتى هؤلاء المخالفون للشيخ "قده" هنا.

و لکن عن جماعه من الأصحاب فی باب بيع الغاصب:انه لو اشترى المال المغصوب مع علمه بالحال و سلط الغاصب على الثمن کان للغاصب أن يشترى به شيئا لنفسه و ليس لصاحب المال أن يطالب البائع الغاصب به.و مقتضى هذا تجويزهم شراء الشیء بمال الغير، لان بيع الغاصب باطل و هو لا يملک ثمن المبيع المغصوب،فقولهم

بملكيته لما يشتريه بهذا الثمن يقتضى أنهم يقولون بتملكه لعوض هذا الثمن الذى أباحه له المشترى و سلطه عليه.

و كذا الامر فى الفرع الأخر الذى نقله الشيخ "قده" عن المختلف، و من هنا قال الشيخ بعد أن ذكرهما: و مقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره..

أقول:و يمكن أن يكون ذلك من جهه أن تسليط المشترى البائع على ماله مع علمه بالحال تمليك له فى الحقيقه،و لما كان ملكه كان عوضه الذى اشترى به ملكا له،فلا يكون من قبيل المقام حينئذ.

و كيف كان،فان الحكم بذلك من الجماعه مشكل،لأنه يستلزم حليه المال لأكله بالباطل فى كل مورد علم مالكه المعطى بالحال، كموارد القمار و الزنا و الربا و بيع الخمر و لحم الخنزير..و نحوها، بأن يقال بأن تسليط الشخص غيره فيها على ماله مع علمه ببطلان المعامله و عدم استحقاق الغير له يفيد حليه المال له أو تملكه اياه،هذا كله نقضا.

و أما حلا فان هذا التسليط ليس مجانا بل هو مبنى على تلك المعامله الفاسده و عوض عن الشىء المأخوذ،و مقتضى ذلك عدم التملك فى الفرع الأول و عدم جواز وطى الجاريه فى الفرع الثانى.

فظهر ان ما ذهب اليه الشيخ "قده" لا ينتقض بما ذكروه قدست أسرارهم.

نعم لو علم ببطلان المعامله و أباح أو ملك المال بغض النظر عنها و بلا استناد اليها فلا مانع من ذلك.

هل تصح الإباحه بالعوض ؟

قال الشيخ"قده": و أما الكلام فی صحه الإباحه بالعوض..

فیشكل الامر فیه..

أقول:هذا ان ثبت انصراف أدله المعاملات عن مثل هذه المعامله و لكن لو قلنا بأن خروج هذه المعاوضه عن المعاوضات المعهوده لیس بحیث یوجب انصراف جمیع الادله عنها كانت نوعا من أنواع التجاره، كأن یعطی الشخص مالا فی مقابل حق العبور من ملك الغیر مثلا، و قد یدفع الإنسان مالا للحصول علی اباحه التصرف فی شیء لترتب نفع له علی ذلك.

و یمكن أن یقال بشمول قوله تعالی "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" له أیضا.

نعم فی صدق عنوان"البیع"علیه تأمل من جهه اشتراط كون المثمن عینا.و قد تقدم البحث عن ذلك سابقا،أما لو كان بالعكس كأن یقول"ملكتك هذه الدراهم باباحتك هذه الدار"صح لعدم اشتراط العینیه فی الثمن.

قال: و لو كانت معامله مستقله..

أقول:استدل"قده"ب"الناس مسلطون علی أموالهم"علی صحه هذه المعامله،لأنها تصرف فی المال غیر ممنوع عنه شرعا، و ب"المؤمنون عند شروطهم"أی بناء علی عمومه للشروط الابتدائیه.

و قد یستدل فی المقام ب" "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" "بناء علی أن المعاطاه

ص :161

عقد لان العقد هو العهد و ان الإنشاء الفعلی کالانشاء القولی،غیر أن الشیخ لم یستدل به اما للتأمل فی کون المعاطاه عقدا،و اما لان "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" لا یعم العقود غیر المتعارفه،و فی هذا بحث و له آثار.

قال: و علی تقدیر الصحه..

أقول:الأقوی هو الوجه الأول و هو اللزوم و لکن فیما اذا کان أخذ العوض فی مقابل الإباحه الأبدیه،فیجب علیه البقاء علی اباحته و الالتزام بها و لکن تکلیفا لا وضعا،و أما لو أخذ العوض بإزاء الإباحه الفعلیه کان له الرجوع عنها لعموم"الناس مسلطون علی أموالهم".

و أما الأخر الذی ملک العوض فلیس له الرجوع،لأنه قد ملکه ایاه،و علیه الوفاء بما التزم به.

نعم،لو کان تملیکه فی مقابل الإباحه الأبدیه و بناء علیها کان له الرجوع فی ماله لو رجع الأخر عن تلک الإباحه.

حکم الإباحه فی مقابل الإباحه

قال الشیخ: و أما حکم الإباحه بالإباحه..

أقول:الفرق بین هذه المسأله و المسأله السابقه واضح،فان "الناس مسلطون علی أموالهم"جار بالنسبه إلی الطرفین،اللهم الا ان یلتزما بالإباحه الأبدیه فیجب الوفاء بذلک علیهما لعموم"المؤمنون عند شروطهم"علی ما تقدم.

و قد وقع الکلام بین الأصحاب فی الوکاله فی ضمن عقد لازم

أنه هل ينعزل الوكيل برجوع الموكل أو أنها تقتضى الدوام فلا ينعزل بذلك ؟ و مثلها مسأله توكيل الزوجه فى الطلاق فيما لو سجن الزوج مؤبدا فعلى القول بلزوم هذه الوكاله يصح طلاقها حينذاك،و أما على القول بأن الوكاله من الأمور الاذنيه فلا.

و عندنا أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل.

الامر الخامس (هل المعاطاه جاريه فی غیر البیع ؟)

اشاره

هل المعاطاه جاريه فی غیر البیع من العقود ؟ أما بالنسبه إلی العقود التی لأبد فیها من الصیغه بالألفاظ المخصوصه کالنکاح فلا بحث.

قال جامع المقاصد:ان فی کلام بعضهم ما یقتضی اعتبار المعاطاه فی الإجاره و کذا فی الهبه،و ذلک أنه اذا أمره بعمل علی عوض معین و عمله استحق الأجره،و لو کانت هذه اجاره فاسده لم یجز له العمل و لم یستحق أجره مع علمه بالفساد،و ظاهرهم الجواز بذلک.کذا لو وهب بغیر عقد،فان ظاهرهم جواز الإتلاف،و لو کانت هبه فاسده لم یجز،بل یمنع من مطلق التصرف و هو ملحظ وجیه.

قال الشیخ: و فیه:ان معنی جریان المعاطاه فی الإجاره علی مذهب المحقق الثانی الحکم بملک المأمور الأجر المعین علی الامر، و ملک الامر العمل المعین علی المأمور به،و لم نجد من صرح به فی

ص :۱۶۴

المعاطاه.و أما قوله "فلو كانت اجاره فاسده لم يجز له العمل" موضع نظر،لان فساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل،سيما اذا لم يكن العمل تصرفا فی عين أموال المستأجر.و قوله "لم يستحق اجره مع علمه بالفساد" ممنوع،لان الظاهر ثبوت أجره المثل،لأنه لم يقصد التبرع،و انما قصد عوضا لم يسلم له.

أقول:انما لا يحرم العمل فيما اذا لم يكن العمل تصرفا،كأن يكون أجيرا للصلاه،و أما اذا قال "خط لی هذا الثوب و لك كذا"، فانه ان كان العقد باطلا لم يجز له الخياطه،الا أن يأذن له بالخياطه بالخصوص حتی علی فرض بطلان الإجاره،فالحق التفصيل.

ثمّ انه ان أوجد العمل،فان كان نظير الصلاه فان صرف إيجادها إعطاء،و فراغ ذمه الأخر بمنزله الأخذ،فيستحق الأجير الأجره و علی الموجر دفعها،و ان كان نظير الخياطه فهو يأذن بإيجاد العمل فبتحقق الخياطه يتحقق الإعطاء،و بإعطاء الأجره من صاحب الثوب تتم المعاطاه.

و قد جعل الشيخ "قده" الأجره هنا نظير المأخوذ بالعقد الفاسد.و الحق الفرق بين المقامين،فانه فی العين المأخوذه بالعقد الفاسد حيث لأقصد لإيجاد العمل تبرعا يقتضی قاعده اليد الضمان،و أما فی العمل فلا وجه للضمان،لان العامل هو الموجب لهتك حرمه عمله،فلا يستحق الأجره.

هل تجری فی الهبه و الرهن ؟

و أما الهبه ففی جامع المقاصد:ان وهب من غير عقد فقد قالوا بجواز

إتلاف المال الموهوب،و لو كان باطلا لما جاز،و من هنا يعلم جواز الهبه المعاطاتيه عند الأصحاب.قال الشيخ:هذا يدل على صحه المعاطاه فيها بناء على الإباحه،و أما على القول بافادتها الملك كما عليه جامع المقاصد نفسه فلا يتم،لان الأصحاب يقولون بأن ما لم يكن فيه إيجاب و قبول لفظا فلا يفيد الملك،فالقول بأن الهبه المعاطاتيه تفيد الملك يخالف الإجماع.

و عن التذكره:اذا كانت المعاطاه صحيحه فلا فرق بين البيع و سائر المعاملات.و أشكل عليه فى رهن جامع المقاصد بأنها غير صحيحه فيه عندهم،قال:و يمكن أن يكون حكمهم بعدم الصحه فى الرهن من جهه ان مقتضى ذات الرهن هو اللزوم،و المعاطاه سواء قلنا بالإباحه أو الملك الجائز لا تتم فيه،لان الرهن لا يفيد الملك و الإباحه لا تناسبه.

قال الشيخ: الأظهر بناء على جريان المعاطاه فى البيع جريانها فى غيره من الإجاره و الهبه..

أقول:أى تجرى المعاطاه فى كل مورد جرت فيه أدله الصحه، فتاره يتمسك لجريانها فى البيع بصدق"البيع"و أخرى ب"السيره" و ثالثه ب"الإجماع".فان كان الاستدلال لجريانها فيه بالأول،فانه يجرى فى القرض مثلا-لصدق"القرض"على القرض المعاطاتى،و فى الهبه لصدق"الهبه"على الهبه المعاطاتيه.فيحكم بالصحه،لأنه كما يتحقق ذلك بالقول عند أهل العرف يتحقق بالفعل،فكل دليل قام على صحه ما كان بالقول فهو يدل فيما اذا كان بالفعل.

و ان كان الاستدلال لذلك بالإجماع و السيره فلا بد من احرازهما فى غير البيع،و لذا قال جامع المقاصد بالنسبه إلى الرهن:انه لا اجماع فيه.

و يكفى للصحه الصدق العرفى.نعم لو قام اجماع على أن المعاطاه تفيد الجواز فى كل مورد لا اللزوم أشكل الامر فى الرهن، لعدم صحته بلا لزوم،و لان المفروض افاده المعاطاه الجواز لا اللزوم.

الا-أن يقال:ان القول بإفاده المعاطاه الجواز كان مع قطع النظر عن المورد الذى لا تتم فيه المعامله لو لا اللزوم كالرهن،أى ان اللزوم ملازم لحقيقه المعامله،و لولاه لم تتحقق حقيقه الرهن.فالإجماع بمعزل عن هكذا مورد،و حينئذ نقول:صدق "الرهن "على الرهن المعاطاتى مع قيام السيره عليه دليل الصحه.

هل تجرى المعاطاه فى الوقف ؟

قال الشيخ "قده": و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف،بأن يكتفى فيه بالإقباض،لان القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ،و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع.فتأمل (لعل وجهه:ان "عدم المعروفيه" لا يكفى لمنع الرجوع).

أقول:فى الوقف المعاطاتى بحثان:

(الأول فى صحته)يمكن أن يقال بالصحه للسيره التى صح بها

البیع المعاطاتی و الهبه.و قد أفتی فی العروه و جماعه بترتب أحکام المسجد علی ما وقف مسجدا بدون صیغه،بل ان المسجد الحرام و مسجد النبی صلی الله علیه و آله و سائر المساجد التی بنیت فی زمن الأئمه علیهم السلام کذلک،إذ لو وقفت بالصیغه لنقل إلینا ذلک،و لو فرض قیام الإجماع علی عدم لزوم العقد بلا صیغه لما منع عن الصحه.

(الثانی فی لزومه)و حیث ان وقف الشیء بمعنی الحبس و السکون، فهل السکون یستلزم اللزوم و بعباره اخری:هل الرجوع ینافی الحبس فی حقیقته ؟ ان قلنا بذلک کان "الحبس" مثل "الرهن"،و جاء فیه الاشکال المذکور فی الرهن،و ان قلنا بأن "الحبس" نظیر "التملیک" کان له الرجوع فیه لکن أحکام الحبس من عدم جواز البیع و نحوه جاریه فیه الا أن یقوم اجماع علی عدم جوازه،أو یقوم دلیل تعبدی مثل "الراجع فی صدقته کالراجع فی قیئه" و "ما کان لله فلا رجعه فیه"، مع أن رجوع الواقف غیر معروف کما أشار الیه الشیخ "قده" فیمکن دعوی قیام السیره علیه.هذا کله بناء علی ان الوقف عباره عن حبس العین.

و اما اذا کان الوقف عباره عن إیقاف التصرفات فیه الا الموقوف لأجله کان الرجوع منافیا لأصل الوقف و حقیقته کما هو واضح.

ص :۱۶۸

الامر السادس (فی ملزمات المعاطاه)

اشاره

هناک موارد تلزم فیها المعاطاه اجماعا،و موارد قد وقع فیها الکلام بین الأصحاب قدست أسرارهم.

و قد أسس الشیخ"قده"الأصل فی المسأله قبل کل شیء لیتمسک به فی موارد الشک،فقال:اعلم أن الأصل علی القول بالملک (اللزوم)،لما عرفت من الوجوه الثمانیه المتقدمه.

التحقیق فی الأصل فی المسأله

أقول:لکنه"قده"خدش فی الوجوه الثمانیه،الا"الاستصحاب"، و أما العمومات فلو فرض صحه التمسک بها هناک،فان التمسک بها هنا مشکل،لان البحث هنا فی الملزمات،أی ان المعامله غیر لازمه من أول الامر،و انما یبحث عما یوجب اللزوم،فیقال مثلا:هل تلف بعض المبیع یوجب اللزوم أم لا ؟ و هل تغیر أوصاف المبیع یوجب اللزوم أم لا ؟

ص :۱۶۹

و نحو ذلک.

و أیضا فان التمسک بها فی المقام یبتنی علی کون الزمان مفرد للعام لا ظرفا،و قد عنون الشیخ "قده"هذه المسأله فی خیار الغبن و فی أصوله و ملخص ذلک:انه لو ورد عام ثمّ خصص بالنسبه إلی زمان،فشک فی تخصیصه بالنسبه إلی زمان آخر فهل یجوز التمسک بالعام بالنسبه الیه أو لا یجوز ؟ مثاله:اذا قال المولی "إکرام العلماء"ثمّ قال"لا تکرم زیدا یوم الجمعه"من دون أن یصرح بأن"یوم الجمعه"قید للإطلاق الازمانی فی العام،الدال بإطلاقه علی عدم تقیید وجوب الإکرام بزمان خاص،بخلاف ما اذا صرح به،مثل"البیعان بالخیار ما لم یفترقا" و مثل "صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیام"،فانه یتمسک بعمومات وجوب الوفاء بالعقد بمجرد الافتراق فی الأول و انقضاء الثلاثه أیام فی الثانی،لان الدلیل یصرح بالتقیید بالزمان،فلا وجه لاحتمال دلالته علی خروج الفرد من أفراد العام فهل یتمسک بالعام بعد ذاک الزمان ؟ وجهان:

ان کان"أکرم العلماء"مکثرا للزمان بأن یکون بمعنی وجوب الإکرام فی کل آن آن جاز التمسک به بالنسبه إلی یوم السبت،لان الامر یتعدد بعدد أفراد الزمان،فیجب إکرام زید حینئذ،و ان کان الملحوظ فی العام هو الافراد الشامل لها و الزمان لوحظ واحدا ظرفا له لم یجز التمسک به بالنسبه إلی یوم السبت مثلا،لان المخرج من تحت العام هو الفرد"زید".

و قد اختار الشیخ"قده"الوجه الثانی،و قد ذهب بناء علیه إلی عدم اختصاص خیار الفسخ بأول أزمنه ظهور الغبن،فإذا ظهر الغبن

بعد البیع انقلب جائزا لخیار الغبن،لعدم جواز التمسک بدلیل الوفاء بعد الآن الأول لإثبات لزومه فیما اذا لم یأخذ بالخیار.

و أما اذا کان دلیل الخیار قاعده الضرر،فلا ریب فی سقوطه بعدم الأخذ به فی حینه،لأنه یکون کالمقدم علی شراء الشیء بأعلی من ثمنه.

و علی هذا الاساس،لما کانت المعاطاه تفید الملک الجائز، فلو شککنا فیها بالنسبه إلی زمان أو بسبب تغیر حال المبیع أو نحو ذلک لم یجز التمسک بعموم "أَوْفُوا ."و"المؤمنون.."و غیرهما لیتم اللزوم.اذن لا یتمسک بالعمومات.

و لا یتمسک بالإجماع کذلک،لان مفروض الکلام هو مورد الشک.

و کذا لا یتمسک بالسیره،لان المتیقن قیامها فی غیر هذا المورد.

اذن لا طریق إلی اللزوم الا التمسک بالاستصحاب،فهو المرجع فی مورد الشک،فیستصحب الملک،لکن استصحاب الجواز المتیقن سابقا مقدم علی استصحاب الملک،لان الشک فی بقاء الملک بعد الفسخ مسبب عن الشک فی بقاء الجواز.

نعم،قد یمکن أن یقال علی مبنی الشیخ"قده"بأن الملک یقتضی البقاء حتی یزیله شیء،و لکن جواز المعاطاه من قبیل الشک فی المقتضی مع عدم شمول الإجماع لمحل الکلام فیجری الاستصحاب الأول دون الثانی.

فاستصحاب بقاء الملک للمشتری محکم،و لیس للبائع الرجوع بعد التغیر.فهذا هو الأصل بناء علی القول بالملک.

ص :171

و قد وافق المحقق الخراسانی "قده" هنا و فی الخیارات و الأصول علی مبنی الشیخ "قده"،لکنه قال ما حاصله:ان هذا فی صوره کون الدلیل المخرج مخرجا فی البین،نظیر خیار الغبن بناء علی خروج العقد من تحت العام عند ظهور الغبن،فانه لما ظهر خرج الفرد من تحت أدله الوفاء بعنوان اللزوم،لان شمولها له ضرری.فلو لم یأخذ بالخیار لم یتمسک بالعام فی الزمان اللاحق،و أما اذا خرج فرد من تحت العام من أول الامر نظیر خیار المجلس حیث قال "البیعان بالخیار ما لم یفترقا" فیتمسک.و مثله المعاطاه،فانه اذا وقع ما یشک معه فی بقاء اللزوم و عدمه یتمسک بأصاله اللزوم.

أقول:لم یذکر "قده" وجه هذا التفصیل،و لعله لان فی الصوره الاولی تقیید لا تخصیص لیتمسک بالعام عند الشک فی التخصیص،و أما فی الثانیه فهو شک فی التخصیص فیتمسک فیها بالعام.و الذی یخالجنی أن التخصیص فی البین لا معنی له،لان التخصیص خروج الفرد من البدء إلی الختم،و أما الخروج بعد الدخول فی زمان فهو تقیید لا تخصیص.

ثمّ انه "قده" یقول بالتمسک فیما اذا خرج الفرد من أول الامر مع تصدیقه باستمرار الزمان،قال:و کذا لو خرج فی آخر الزمان ثمّ تردد بین الأقل و الأکثر،بأن شک فی خروج الساعه التی قبل الأخیره مع الیقین بخروجها،قال:یتمسک بالعموم أیضا.

أقول:هذا لأوجه له کذلک،و ما احتملناه بالنسبه إلی أول الوقت غیر آت هنا.

هذا،و قد أشكل السيد و بعضهم على هذا الأصل من أصله بما حاصله:ان هذا الأصل انما يفيد لأجل الرجوع اليه فی موارد الشک، و لکن الادله الثمانيه لا تصلح لذلک اللهم الا الاستصحاب على ما سيأتی لأنها مخصصه بالإجماع على جواز المعاطاه حين الانعقاد کما هو المفروض و مع الشک يستصحب حکم المخصص.

و أما استصحاب الملکيه فلا مانع من التمسک به،الا أنه محکوم باستصحاب بقاء الجواز الثابت من أول الامر حين الانعقاد،و يترتب عليه جواز الرجوع،الا انه من الشک فی المقتضی،و فی حجيته خلاف.

أقول:هذا يتم فيما اذا کان الجواز المستصحب جواز الرجوع، و أما اذا قيل بأن القدر المتيقن منه هو جواز تراد العينين،و هو يتوقف على بقائهما معا،و مع تلفهما أو تلف أحدهما فلا تراد،فلا جواز کی يستصحب.

و تقريب ذلک:ان الجواز هنا حکم تعبدی برجوع العين، فالمعاطاه لازمه،و لا منافاه بين لزومها و الحکم برجوع العينين کما لا منافاه بين عقد النکاح اللازم و جعل حکم الطلاق فالعقد لازم و الطلاق يرفع الزوجيه و ذلک لا يضر بلزوم العقد و بقائه،فلو تلف العينان أو أحدهما ارتفع الحکم،و مع الشک يستصحب بقاء الملک و لزوم المعاطاه.

إلا أن يقال:بأن لازم الحکم بجواز الرجوع هو فسخ المعاطاه، بل هو المتبادر منه عرفا،و عليه فلما کان العقد من قبل جائزا ثمّ شک فانه يستصحب هذا الجواز.

ص:١٧٣

الا أن يجاب:بأن الحكم بالجواز قد يقيد بأمر لو زال زال، فلو صالح بماله و شرط الخيار لنفسه بأن يفسخ العقد بلسانه فی حضور زيد سقط الخيار بانتفاء احد القيدين،و هنا يتحقق الفسخ بالرجوع واخذ العين نفسها،فان كان ذلک لم يبق مجال لاستصحاب الجواز بعد التلف.

هذا،و لعلنا نجيب عن أصل الاشكال فی الأصل فيما سيأتی إنشاء الله تعالی.

هذا كله بناء علی القول بالملک.

الأصل بناء علی الإباحه

و أما علی القول بالإباحه فالأصل هو الجواز،قال الشيخ"قده":

لقاعده تسلط الناس علی أموالهم،و أصاله سلطنه المالک الثابته قبل المعاطاه..

أی:فإنها تستصحب الآن بعد وقوع المعاطاه و اباحه المال للمعطی له،فهی تقتضی انه متی أراد الرجوع عن الإباحه واخذ العين كان له ذلک،سواء كانت العين باقيه أولا.اللهم الا أن يقوم دليل تعبدی علی اللزوم فی مورد،كما اذا قام علی أن تلف العينين موجب للزوم،و الا-كان استصحاب السلطنه و قاعدتها دليلا-علی جواز الرجوع و عدم خروج المال عن ملكه بالمعاطاه،إذ المفروض أنها تفيد الإباحه لا الملک.

أقول:لكنه"قده"فصل فی التنبيه الرابع و قال بأنه لو قصد أحد

المتعاطيين الإباحه بعوض التمليک ففی المسأله ثلاثه وجوه،ثمّ قوی الأول و هو اللزوم و کذا قال فیما اذا أباح فی مقابل الإباحه.و لعل وجه اختیاره اللزوم فی الثانی دلیل "المؤمنون عند شروطهم"،فانه یقتضی عدم جواز رجوعه عما اشترط علی نفسه.

لکن الحق أن یقال:لو کانت الإباحه مالکیه و أمضاها الشارع فقال "لا یحل مال امرئ الا بطیب نفسه" لم یخل التمسک ب"المؤمنون عند شروطهم"لأجل اللزوم من اشکال،لان العقود الاذنیه لا تلزم أبدا،فلو رجع المالک عن اباحته لم یجز التصرف للمباح له فی المال.

نظیر الوکاله،فإنها عقد جائز،و قد وقع البحث بینهم فی لزومها لو وقعت شرطا فی ضمن عقد لازم،فذهب بعضهم إلی لزومها حینئذ، و قال آخرون:یصح عزل الوکیل عنها مطلقا،لأنها عقد اذنی(و ان کان یحرم علی الموکل ذلک تکلیفا)،فالاباحه ان کانت مالکیه و قد رتب علیها الشارع الاثر و أنفذها کان الرجوع عنها مؤثرا البته.

فالشیخ"قده"قد حکم هناک باللزوم لان"المؤمنون.." یقتضی وجوب الوفاء تکلیفا،و هنا یحکم بالجواز الوضعی.

فهذا توجیه ما صدر منه"قده"،و الا فالقول بغفلته عما ذکر هناک مشکل،و الله سبحانه العالم.

و بالجمله:ان کانت الإباحه مالکیه فالأصل هو الجواز،فمتی أراد الرجوع عن اباحته کان له ذلک،سواء بقیت العینان أولا.اللهم الا علی القول بأن العقود الاذنیه ان أنشأت فی ضمن عقد لازم لزمت،

و هو قول ليس بالقوى،لقاعده السلطنه و استصحابها.و أما استصحاب الإباحه الثابته قبل رجوع المالك عن اباحته فمحكوم بالقاعده و استصحاب السلطنه،و أما اعتبار السلطنه بعد التلف فمعناه ضمان المباح له بدل العين التالفه.

هذا،لكن الرجوع عن الإباحه بعد التلف لا محصل له،لأنه لو كان المقصود الرجوع عن الإباحه لما قبل التلف فهو غير ممكن،لان ما وقع وقع و لا ينقلب عما وقع عليه،فكيف يترتب عليه الاثر و هو ضمان البدل،و ان كان المقصود الرجوع عن الإباحه بعد التلف فبقاء اباحه التصرف فى العين بعد التلف لغو لا معنى له حتى يصح الرجوع عنه.

و أما اذا كانت الإباحه شرعيه مستنده إلى رضا المالك بالتصرف بإنشائه الإباحه،أو إنشائه الملكيه بالإعطاء،فأباح الشارع التصرف تعبدا مع عدم إمضاء التمليك:

فأما فى الصوره الاولى فان قاعده السلطنه محكمه،لان المفروض أن حكم الشارع مستند إلى رضاه،فمتى رجع عن ذلك رجع الشارع عن اباحته.اذن فالأصل فى هذه الصوره الجواز كذلك.

و أما فى الصوره الثانيه حيث الإباحه شرعيه تعبديه فلا مجال للقاعده المذكوره،لان الحكم فيها وارد من قبل الشارع بالاستقلال و ليس للقاعده رفع حكم الشارع،إذ المفروض أنه قد رفع السلطنه بحكمه بإباحه التصرف للمباح له،ففى هذه الصوره ليس الأصل هو الجواز،لكن المسلم أنه بعد التعاطى و تحقق الإباحه يجوز الرجوع

ما دامت العين باقيه بالإجماع.و هذا الجواز يستصحب إلى بعد تلف العين لو شك في جواز الرجوع و عدمه بذلك.

هل تلف العوضين من الملزمات ؟

قال الشيخ"قده": ان تلف العوضين ملزم اجماعا . اما على القول بالإباحه فواضح..

أقول:وجه الوضوح ان تلفه من مال مالكه و لا دليل على الضمان، و أما"على اليد."فلا يجرى هنا،لان المفروض أن الشيء كان مباحا للآخر إما من مالكه و اما من جهه الشارع،فاليد ليست عدوانيه حتى يشملها دليل"على اليد..".

و أما على القول بالملك و ان أمكن الفسخ بعد التلف كفسخ العقد الخيارى لكن اللزوم ثابت من جهه اقتضاء "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" .

و أشكل عليه:بأن هذا الدليل انما يفيد فيما اذا كان شاملا للموضوع من أول الامر،و المفروض أنه لا يشمل المعاطاه،و هى جائزه ما دامت العينان باقيتين بالإجماع فالدليل غير شامل و الجواز سابق باق.

قال الشيخ"قده":ان كان هذا الجواز جواز فسخ العقد فان الاستصحاب يقتضى بقاءه بعد التلف،و ان كان الإجماع منعقدا على جواز تراد العينين لا-جواز فسخ العقد فانه ما دامتا موجودتين كان الجواز بحاله و بعد التلف فلا-موضوع للتراد فلا-جواز للرجوع،و يبقى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" مقتضيا للزوم.

ص: ١٧٧

و الظاهر أن متعلق "الجواز" هو "تراد العينين" لا- تراد الملك حتى ينفسخ به التمليك،و بناء على ما ذكره الشيخ "قده" يندفع الاشكال الذى أورده بعضهم على الأصل فيما تقدم بأنه ينافى مبناه فى التمسك بالعام و كون الزمان غير مفرد،فراجع.

و ظهر أن جواز الرجوع هنا ليس كجواز الرجوع فى العقد الخيارى،فلا يمكنه الفسخ،بل له استرجاع العين من دون فسخ العقد.

و كان الشيخ "قده" استفاد ذلك من الإجماع.

أقول:لكن الفقهاء لا يوافقون على هذا،فان رجوع العين عندهم ليس كالطلاق الرافع للزوجيه مع بقاء عقد النكاح،فمن المستبعد أن يكون هذا حكما تعبديا،بأن يقول الشارع بجواز تراد العينين مع بقاء العقد،و ذلك لان المستفاد عرفا من جواز التراد فسخ العقد،و لكن التراد و ان كان مستلزما لانفساخ العقد الا أن الشارع جعل إمكان الفسخ ما دام التراد ممكنا.و على هذا فان تلفت العينان لم يكن له الفسخ، و تكون المعامله لازمه،فالأصل هنا هو اللزوم بناء على الملك،و لكن يجوز الفسخ بتراد العينين،أى ما دامتا موجودتين.فالإشكال المذكور سابقا مندفع.

هل تلف احداهما ملزم ؟

و من هنا يعلم أن الحكم هو اللزوم أيضا لو تلف احد العينين، لعدم إمكان التراد الذى هو المستلزم للانفساخ.كما أن القدر المتيقن من

الإجماع هو وجودهما،و ترادهما بل لو بقى بعض كل واحد من العينين لم ينفسخ العقد بترادهما،لعدم إمكان ترادهما بتمامهما.

و أما لو تلفت إحداهما دون الأخرى و بنينا على افاده المعاطاه الإباحه لا الملك فهل الحكم هو اللزوم ؟ قيل بالجواز لاستصحاب بقاء السلطنه.

و أورد عليه الشيخ "قده":بأنه معارض بأصاله براءه ذمته عن البدل مثلا أو قيمه،و ذلك لأنه اذا استرجع ماله وجب عليه دفع مثل أو قيمه العين التى تلفت بيده،و لما كان الأصل براءه ذمته عن ذلك وقع التعارض بين هذا الأصل و استصحاب بقاء السلطنه على المال،و على هذا يعلم إجمالا ببطلان أحد الأصلين.

قال الشيخ "قده": و يمكن أن يقال:ان أصاله بقاء السلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه.. لان معنى السلطنه هو جواز الرجوع فى الإباحه فى مقابل الإباحه،فلو رجع عن اباحته تحقق رجوع الأخر عن اباحته كذلك،و لازم ذلك إرجاع عين الأخر،و اذا تلفت فمثلها أو قيمتها..

أقول:و يمكن أن يقال:بأنا نعلم باشتغال ذمته اما بالعين و اما بالبدل،فإذا تلفت العين فالبدل،و الاشتغال اليقينى يقتضى البراءه اليقينيه.

اذن أصاله البراءه غير جاريه من أصلها حتى تكون معارضه أو محكومه و تبقى السلطنه و يترتب عليها لازمها،اما المثل و اما القيمه لثبوت ذلك بالإجماع،أو لان الرجوع فى العين معناه إرجاع عين الأخر،فان تلفت فعليه المثل أو القيمه.

قال:و يمكن دعوى أن معنى "الناس مسلطون.."هو السلطنه على استرجاع العين ان بقيت و الا فعوضها،فتكون قاعده السلطنه مثل "على اليد.."فى الدلاله على الضمان.

أقول:هذا مشكل جدا،و لذا لم يستدل أحد من الفقهاء بها لإثبات ضمان الغاصب،بل ظاهرها أن العين ما دامت موجوده يجوز له جميع التصرفات المشروعه فيها،و ليس معنى ذلك انها ان تلفت عند المباح له فله أن يطالب بعوضها.

على أن التسلط على المال ان كان حين التلف بأن يأخذ البدل ممن تلف بيده فلا اشكال فى عدم اقتضاء القاعده لذلك،لان المفروض أنه قد أعطاه المال بنفسه و اذن له فى التصرف فيه.نعم له استرجاعها ما دامت باقيه،و ان كان بعد التلف فلا مال ليتسلط عليه.

اذا كان احد العوضين فى ذمه أحدهما

و أما كان أحد العوضين فى ذمه أحد المتعاطيين،بأن يعطيه المال عوض ما فى ذمته،فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته و يكون الأخذ مالكا للمال،فيكون المورد من قبيل تلف أحد العوضين،و هل يجوز التراد حينئذ ؟ لا تراد فى هذه الصوره،لان سقوط ما فى الذمه بحكم التلف، و الساقط لا يعود،فالمعامله لازمه.

قال الشيخ "قده": و يحتمل العود و هو ضعيف.

قال السید"قده":بل لأوجه له.

أقول:وجه الاحتمال الفرق بین التلف الحقیقی و سقوط ما فی الذمه،فانه فی هذه الصوره یکون التراد بمالکیته لما فی ذمه الأخر مره أخری و إرجاع ماله الیه.

و وجه الضعف:ان مالکیته هذه غیر ما کان أولا،فلم یتحقق التراد.

مع ان القدر المتیقن من دلیل جواز التراد هو صوره وجود العوضین فی الخارج.

قال الشیخ: و الظاهر أن الحکم کذلک علی القول بالإباحه..

أقول:و ذلک لان الإباحه فی مقابل الإباحه لا یتحقق فی المورد، لعدم إمکان التصرف بما فی الذمه،لکن التصرف بالإسقاط ممکن، و حینئذ فما لم یسقط لم تلزم المعامله لأنه کبقاء العینین فلا وجه لقوله "و کذا.".

نعم یصح ذلک ان کانت اباحه فی مقابل العین.

انما الکلام فی جواز رجوع صاحب العین الموجوده،فهل الامر علی القول بالإباحه کما هو علی القول بالملک ؟ أقول:لأفرق بین المسألتین من هذه الجهه.

هل نقل احد العوضین أو کلیهما ملزم ؟

و لو نقل العینان او إحداهما بعقد لازم فحکمه حکم التلف بناء

ص :181

على القول بالملك،لامتناع التراد حينئذ،و لو فرض أنه فسخ المعامله (و ان كانت لازمه،لتجدد خيار الفسخ بظهور العيب مثلا حيث قال جماعه بأنه موجب للفسخ من حينه)ففيه وجهان:الرجوع،لإمكان التراد،لا سيما على القول بأن الفسخ يجعل العقد كلا عقد.و العدم،لان الملك الحاصل بعد الفسخ غير الملك الحاصل له بالمعاطاه،فأدله اللزوم جاريه فى هذه الصوره بعد الشك فى شمول ادله التراد.بل الاستصحاب يقتضى عدم جواز الرجوع،لأنه بالعقد اللازم يسقط موضوع الجواز،فلو شك بعد الفسخ يستصحب عدم الجواز.

و أما بناء على القول بالإباحه،فان لازم نقله للغير كون العين ملكا له ثمّ النقل،إذ لأبيع الا فى ملك،و كذا غير البيع من التصرفات المتوقفه على الملك.فعلى هذا تكون المعامله لازمه،و لا يجوز الرجوع لامتناع التراد،كالقول بالملك.فان فسخ فهل تعود العين ملكا للبائع أو مباحه له كما كان مقتضى المعاطاه ؟ الظاهر الأول،لان المفروض أنها صارت ملكا له و باعها مثلا فلو فسخ البيع بقيت على ملكه و لا دليل على رجوعها مباحه.

نعم يجوز الرجوع للمعطى فى صورتين:

احداهما:أن يكون عقد المعاطاه هو الذى كشف عن كون العين ملكا للمعطى له قبل النقل،و بعد الفسخ و رجوع المعطى لا يبقى سبب لملكيه المعطى له.و كان المراد من الكشف هنا كشف العله عن المعلول، بأن يكون عقد المعاطاه عله للتملك و الانتقال معا،فان فسخ المعطى

الانتقـال زال التملـك،و حينئـذ جـاز رجوع المعطى عن معاطـاته لقاعـده السـلطنه،و كـذا اذا كان جزءا للعله،و اما اذا كان سـبب الملكيه اراده المعطى له التملك أو كون التملك بحكم شرعى خارجى لم يجز التراد بالفسخ.

الثـانيه:ان يبيع المعطى له مـال المبيـح و يكون الثمن للمعطى له، بناء على ما ذهب اليه جماعه من جواز كون المثمن لزيـد فيبيعه عمرو و يكون الثمن لعمرو البائع،و حينئذ لو فسخ عاد المال ملكا للمعطى، فيجوز له الرجوع لدليل "الناس مسلطون..".

قال الشيخ "قده": لكن الوجهين ضعيفان،بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

أقول:و حاصل ذلك عدم جواز الرجوع،و انه بالفسخ يكون المال ملكا للمباح له،و هى ملكيه متجدده،فعقد المعاطاه لازم.

لو كان الناقل عقدا جائزا

قـال: و لو كـان الناقـل عقـدا جـائزا لم يكن لمالـك العين البـاقيه الزام الناقل بالرجوع فيه و لا رجوعه بنفسه إلى عينه،فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب.

أقول:و وجه ذلك أن العين لو عادت بالفسخ كانت ملكا للمباح له،و ذلك فى حكم التلف،فلا يتحقق معه التراد.

لو وهب المباح له العين

و لو وهب المباح له العين إلى غيره فصارت ملكا له بلا عوض، فعلى القول بالإباحه:ان قلنا بجواز هبه ملك الغير من غير أن يكون المال ملكا للواهب آنا ما قبل الهبه جاز التراد برجوعه فى هبته،لرجوع العين مباحه للواهب حينئذ،و هى ما دامت موجوده يجوز التراد فيها.

لكن لا يخفى أن الرجوع فى تلك الهبه حق للمالك دون الواهب، فرجوع الواهب يحتاج إلى اذن ليكون وكيلا عنه فى الرجوع.

أقول:و لكن الحق هو التفصيل بين ما إذا كانت الهبه من قبل المالك المعطى و ما اذا كانت من قبل نفسه،فان كان المالك قد أذن له فى الهبه من قبل نفسه كان لازمه التملك ثمّ الهبه،و ان كانت الإباحه شرعيه لا مالكيه كان نظير اباحه تصرف الأب و الجد فى مال الصغير.

و يترتب على ذلك أنه لو رجع عن هبته كان المال ملكا للواهب،فلا رجوع للمعطى.

و ان كانت الهبه من قبل المعطى و كان الواهب كالوكيل فيها عادت الإباحه المعاطاتيه برجوع المعطى عن الهبه و اتجه حينئذ التراد و هو الاشكال فى رجوع المعطى فى الفرض.

و قال المحقق الخراسانى"قده"فى التعليق على كلام الشيخ "نعم..اتجه الحكم بجواز التراد.."قال:لا يخفى أن المتجه عدم جوازه،فان تملك المالك للعين الموهوبه تملك بوجه آخر غير

ص :۱۸۴

التملک بالرد فی المعاطاه لیجب رد الأخری إلی مالکها حتی یحصل التراد و یلزم الجمع بین العوضین..

أی:ان ادله جواز التردد لا تشمل هذه الصوره،و القدر المتیقن منها هو حال کون هذا المال ملکا قبل الهبه.

أقول:لکن هذا یتجه بناء علی القول بالملک،و أما بناء علی القول بالإباحه کما هو المفروض فلا،و قد صرح الشیخ"قده" بعدم ملکیه الواهب للمال قبل الهبه.

اللهم الا أن یقال یکفی فی مغایره الملک بعد التراد مع ملک الأول صیروره الموهب ملکا للمتهب.

نعم کلامه"قده"یتم بناء علی ما ذهب الیه من أن المعاطاه تفید الملک بشرط التلف،و الهبه بحکم التلف،فبعد الرجوع عنها تکون هذه الملکیه غیر الملکیه الاولی.

و وجه ما ذکره من لزوم الجمع بین العوضین هو:أن الواهب بمجرد هبته للمال الذی بیده یکون ماله الذی بید المعطی ملکا للمعطی، لان الهبه بحکم التلف و به یستقر ضمان المثل،فان رجع عن الهبه و رجعت العین إلی ملک مالکها الأول لزم الجمع بین العوضین.

و حاصل اشکاله"قده"هو:أن الرجوع یکون للواهب لا للمالک، لان المفروض أنه لم یکن الواهب لا مباشره و لا تسبیبا.هذا من جهه، و من جهه أخری لا مانع من أن یکون الواهب غیر المالک،و لا یشترط التملک للمال قبلها،نظیر تملیک الحر عمله بالإجاره لغیره،و الحال

أنه لا يملكه قبلها..هذا رأيه"قده"خلافا للقوم،فانهم يقولون لأهبه الا فى ملك.

أقول:أما ان المالك لم يكن الواهب لا مباشره و لا تسبيبا.ففيه:

انه ان كانت الإباحه للواهب مالكيه فان من جمله التصرفات المباحه له هى"الهبه"،فهى واقعه باذنه و هو الواهب فى الحقيقه لكن تسبيبا، و ان كانت الإباحه شرعيه أى ان الشارع رتب اباحه جميع التصرفات على هذه الإباحه و ان كان المالك قد أنشأ التمليك كانت الهبه مباحه له من قبل الشارع،و يكون الواهب هو المباح له لا المالك فى هذه الصوره،و ليس للمالك حينئذ الرجوع بناء على أن حق الرجوع للواهب لا ـ للمالك لكن الواهب لما يرجع عن الهبه يرجع المال إلى ملك المالك لا ـ إلى نفسه،هذا لو لم نقل ان المتيقن جواز الرجوع للواهب المالك دون المباح له،و الا فليس لكل منهما الرجوع لان المالك ليس بواهب و الواهب ليس بمالك.

و اما أنه لا يلزم أن يكون الواهب مالكا للمال،و التنظير بتمليك ما فى الذمه و تمليك العمل.فهذا غير واضح،لان الذمه و العمل حيث يكون باختيار البائع و الحر مع التعهد يعامل معه معامله الملك عند العقلاء.

و لو سلم عدم لزوم كون المال ملكا له،فان هذا المال ليس له بل هو للغير،و فرق بين عدم لزوم الملكيه و كون المال ملكا للغير.

على أن مقتضى قاعده السلطنه و غيرها كون اختيار نقل المال بيد مالكه

فالشارع لا يبيح التصرف فی مال الغير.و من هنا لا يجوز للمالک الحقيقی أن يبيح ما لم يبحه الشارع،و عليه فالاباحه الشرعيه لا تشمل المورد،فليس للمباح له الهبه،لان المفروض عدم شمول الإباحه الشرعيه لما لم يكن شرعيا،فالتصرف فی مال الغير بدون اذنه غير جائز و الإباحه الشرعيه لا تشمله،و الهبه من هذا القبيل.

هذا،و بناء علی ما ذكره الشيخ "قده" من أن الراجع هو الواهب لا المالک،،لأبد من ملكيه الواهب للمال آنا ما.لما ذكرنا من عدم تشريع الشارع نقل مال الغير بدون رضاه و اذنه.

علی أن المعاطاه لزومها بالهبه و كون العوض ملكا للمالک الأول يستلزم دخول العوض فی ملک من لم يخرج المعوض عن ملكه.و هذا الاشكال وارد علی الشيخ،و دفعه(و تماميه لزوم المعاطاه بالهبه بمجرد هبه المباح له كما ذكر قده)يتوقف علی الالتزام بكون المال ملكا للواهب آنا ما قبل الهبه.

قال الشيخ "قده": اتجه الحكم بجواز التراد..

أقول:هل التراد بنفس الرجوع أو أنه يرجع إلی ملكه ثمّ يكون التراد ؟ ان أراد الأول فهو ليس ترادا،لان التراد لا يتحقق بمجرد الرجوع عن الهبه،بل التراد يتحقق بالإضافه إلی المعاطاه،مع ان الرجوع لأبد أن يكون من الواهب.و ثالثا ان هذه الملكيه متجدده و هی غير الاولی.و رابعا ان دليل تصرفه حينئذ علی مبنی الشيخ هو قاعده السلطنه لا أدله التراد.

و ان أراد الفسخ،فان الفاسخ يجب أن يكون الواهب لا المالك على أن المحكم هنا قاعده السلطنه لا أدله التراد كما تقدم.و بعد الهبه لا مال له حتى يكون مسلطا عليه.

و قال المحقق الأصفهانی "قده" ما ملخصه:انه ان وهب أحد المتعاطيين ما بيده إلى الأخر،و قلنا بعدم إمكان الرجوع فی الهبه للمالك بل الواهب يمكنه الرجوع فهل للواهب الرجوع فی عينه الموجوده بيد المعطی أولا ؟ يمكن أن يقال يمكنه الرجوع،لان الموهوب لا يصدق عليه التلف،اذا المفروض جواز رجوعه،و ما دامت العينان موجودتين يجوز الرجوع عن الإباحه إذ لم يتحقق الملزم.و يمكن أن يقال بالعدم، لأنه قد وهب المال لثالث،و بمجرد ذلك يتعين كون ما بيد الأول ملكا له عوضا عن ماله الذی وهبه الواهب،فلا يجوز له الرجوع،لان موضوع قاعده السلطنه حينئذ غير محرز.

أقول:انا اذا قلنا بأن الموهوب بحكم التلف خرج ما كان له بيد الأول عن ملكه،لأنه وجه الضمان،فلا رجوع.لكن المحقق المذكور "قده" قوی الأول "لأنه مع تمكن الواهب من الرجوع فی الهبه لا يكون الموهوب بحكم التلف ليتدارك ببدليه العين الباقيه، و على فرض احتماله يمكن التمسك بأصاله السلطنه،لما مر مرارا من أن الملكيه جهه تعليليه فی نظر العرف لا جهه تقييديه".

وفيه:أنه ليس الامر كذلك،فان الملكيه جهه تقييديه،و كذلك سائر الأمور الاعتباريه التی تترتب عليها الاحكام الشرعيه من الزوجيه

و الطهاره و النجاسه و نحوها.نعم هو كذلك فى الأمور الخارجيه،مثل "الماء"فى"الماء المتغير ينجس"فان التغير عله،أى أنه ينجس للتغير.فقاعده السلطنه معناها عرفا:الناس مسلطون على أموالهم المملوكه لهم.

ثمّ الضمان الذى ذكره فى ذيل كلامه ان كان لأجل التلف،فقد صرح من قبل بأن الموهوب لا يكون بحكم التلف،اللهم إلا أن يقال:

الواهب يمكنه الرجوع دون المالك لكن ليس واجبا عليه فيكون الموهوب بحكم التلف بالنسبه إلى المالك.لكن لو كان كذلك لضمن الواهب المسمى لا المثل و القيمه كما صرح به.بقى اشكال الجمع بين العوضين الذى ذكره المحقق الخراسانى قدس سره و الجواب:ان الملكيه للعين الموجوده ان كانت عوض إنشاء الهبه فالمعاطاه لازمه،ثمّ الواهب يرجع فى الهبه فلا يجتمعان.

و ان كانت عوض نقل الواهب ماله إلى الموهوب له،فانه متى رجع الواهب فى هبته رجعت عينه التى بيد الأول ملكا له،لأنها عوض فلا يجتمع العوضان.

أقول:و هذا الجواب يتوقف على كون الرجوع فى الهبه جاعلا-اياها كالعدم،و أما اذا قلنا بأنه تملك جديد اجتمع العوضان فى ملك المالك الأول.

ثمّ قال الشيخ"قده": أو عوده إلى مالكه بهذا النحو من العود.

أقول:الصحيح فى معنى العباره:انه لو وهب كلا المتعاطيين و رجعا فى هبتهما اتجه التراد كذلك.

ص :١٨٩

لو باع العين ثالث فضولا

قال الشيخ "قده": و لو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقله و لو أجاز المالك الثانى نفذ بغير اشكال،و ينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالإباحه.

أقول:أما على القول بالملك فلا اشكال فى اجازه الثانى، لأنه المالك للعين،و أما اجازه الأول فإنها اجازه فى تصرف الثالث فى مال الثانى و هى غير نافذه،و "لم يبعد" كون اجازته رجوعا، حتى تعود العين إلى ملكه،فتكون بالنسبه إلى ملكه فتنفذ حينئذ.و لما ذا قال "لم يبعد"؟ لان فيه إشكالين:

أحدهما:و هو مشترك بين ما نحن فيه و بين ما بيع بالعقد الخيارى،فلو باع ذو الخيار الشىء فقد صدر منه أمران:أحدهما فسخ العقد،و الآخر بيع الشىء .و ترتيب الأثرين المختلفين فى المرتبه على الفعل الواحد غير ممكن،و لذا قال بعضهم بتحقق الفسخ بالإراده و البيع بالفعل و الإنشاء.و قيل:انه ببعض الإنشاء يتحقق الفسخ، و بتماميته يتحقق البيع.و هذا الاشكال بعينه جار فى المقام،و لذا قال "لم يبعد".

فهذا ما ذكره السيد قدس سره.

و الثانى:انه "ره" يستشكل فى كون الإجازه كالتصرفات الناقله.

ص :١٩٠

و هذا ما استظهره المحقق الأصفهانی"قده"،و هو الأظهر،فکیف تکون الإجازه کالتصرفات الناقله مع أن متعلق الإجازه تصرف الغیر ؟ قال "لم یبعد"أن تکون کذلک،لان الإجازه لمن کان له اختیار العقد و البیع موجوده،و حینئذ ینزل الشارع تلک الإجازه منزله التصرف الناقل،فالناقل فی الحقیقه هو المجیز.

فظهر لزوم التمحل لتصحیح اجازه الأول و ترتیب الاثر علیها، بخلاف اجازه الثانی،فلذا قال بالنسبه إلی الأول"لم یبعد"و فی الثانیه حکم بالصحه و ترتیب الاثر بلا اشکال.

و أما علی القول بالإباحه فان الثانی قد أبیح له التصرف بالمال فاجازته فیها اشکال،و أما الأول فهو المالک المبیح و اجازته نافذه بلا اشکال.

و یمکن تصحیح اجازه الثانی بأن یقال:حیث ان الإجازه بمنزله البیع فانه لو کان قد باع المال بنفسه لنفذ بیعه بمقتضی اباحه التصرفات له فی المال،فلیکن اجازته لمعامله الفضولی بمنزله معامله نفسه،فتأمل.

هذا،و لم یتعرض الشیخ"قده"إلی صوره اجازتهما معا فی آن واحد،لأنه ان کانت اجازه المالک نافذه،یکون بیع الفضولی بیع المالک و تبطل المعاطاه و یکون الثمن للمالک الأول،و ان نفذت اجازه الثانی لزمت المعاطاه ثمّ کون المال ملکا له حتی یکون الثمن له بإجازته.فلو أجازا بیع الفضولی معا،فهل تتعارض الإجازتان و تتساقطان أو تتقدم احداهما ؟

قال المحقق الأصفهانی "قده":تتقدم اجازه المالك الأول حینئذ لان تصرف ذی الخیار فیما باعه بالبیع الخیاری یتوقف علی تملکه للمتاع قبل التصرف(و یکون التملک اما بالإراده،و اما بالجزء الأول من الإنشاء کما تقدم)و فیما نحن فیه علی القول بالملک لأبد أن یرجع عن تملیک العین ثمّ یجیز،و الثانی یرید الإجازه للفضولی،فلو تقارنتا فانه فی الآن الأول و بمجرد اراده المالک الأول أو بأول جزء من إنشائه تنتقل العین إلی ملکه فیجیز بیع الفضولی،و تلغو اجازه الثانی.فأجازه الأول اثرها متقدم زمانا علی اجازه الثانی.

و بالجمله،ان الشیخ "قده"لم یستبعد علی القول بالملک کون اجازه الأول نافذه کسائر تصرفاته،و أما اجازه الثانی فنافذه بلا اشکال.و وجه الاشکال فی اجازه الأول کونها متعلقه بعقد واقع علی ملک الغیر،و هی لا تؤثر کما هو واضح.و قد یرتفع بأن یرجع عن تملیکه أولا-ثمّ یجیز بیع الفضولی.و هل المراد من الإجازه هذه أنها من حین العقد أو من حینها ؟ فلو مات المالک الأول و قصد الوارث الإجازه فمن أی زمان تؤثر اجازته ؟ اذا قلنا بکفایه الإجازه من حینها بأن یرجع عن التملیک ثمّ یجیز لم یبعد النفوذ.

و قد ذکرنا أن اجازه الأول أثرها بطلان المعاطاه،بخلاف اجازه الثانی فان أثرها لزومها و عدم إمکان رجوعه فی عینه التی بید الأول و علی اللزوم لأفرق بین أن نقول بأنه کان یجوز له بیع مال الغیر فالاباحه لازمه،أو نقول بأنه قد باع ما کان له بمقتضی المعاطاه.

و على القول بالإباحه لا اشكال فى اجازه المالك الأول،لان العين ملكه و العقد واقع عليه،و لم يبعد اجازه الثانى،لان المباح له حين يجيز العقد الواقع على ملك الغير يملك العين ثمّ يجيز بناء على كفايه الإجازه من حينها أو يملكها آنا ما.و أما بناء على عدم التملك آنا ما و عدم المالكيه حين الإجازه فيشكل فيه من جهه أخرى،و هى لزوم خروج المثمن عن ملك المالك الأول و دخول ثمنه فى ملك الثانى المجيز،و هذا لا يوافق عليه الشيخ،فنفوذ اجازته حينئذ "بعيد".

هذا،و لو رجع المالك الأول عن المعاطاه و أجاز بيع الفضولى و قد أجاز الثانى حينئذ أيضا،فيمكن إدخال هذا الفرع فى الفرع الأتى من أن الإجازه كاشفه أو ناقله.

ثمّ قال الشيخ "قده": و لكل منهما رده قبل اجازه الآخر.

أقول:معنى الرد عدم ترتيب الإثار مبنيا على الملك،أما الأول فلا بد من الرجوع عن المعاطاه ثمّ الرد،و أما الثانى فان رده مؤثر بلا اشكال لأنه ملكه.

و هل يكفى لرد الأول كونه من حينه أو لأبد منه فى حين العقد ؟ ان قلنا بالأول فهو،و الا فلا أثر لرده.

ثمّ ان أثر رد الأول بالنسبه إلى المعاطاه بطلانها،و أما رد الثانى فلا أثر له بالنسبه اليها لا بطلانا و لا لزوما.

و لو تقارن الردان فأيهما المؤثر ؟ لا تعارض هنا بين الردين، بالنسبه إلى بطلان بيع الثانى،و لكن رد الاول يوجب بطلان المعاطاه،

لان رد الثانی لا أثر له بالنسبه الیها مع رد الأول،و لا ینازع ما لیس له أثر مع المؤثر.

قـال"قـده": و لو رجع الأول فأجاز الثانی فان جعلنا الإجازه کاشـفه لغا الرجوع،و یحتمل عـدمه،لأنه رجوع قبل تصـرف الأخر و یفسد و یلغوا الإجازه،و ان جعلناها ناقله لغت الإجازه قطعا.

أقول:علی القول بالملک لو رجع الأول عن معاطـاته فأجـاز الثـانی بیع الفضولی،فـان قلنا بأن الإجازه کاشـفه لغا رجوع الأول،و الکشف عند بعضهم نظیر العلم،فکما أنه لو علم الآن بالعقد لم یؤثر فیه،بل المؤثر و تمام العله هو العقد من حینه،فعلی هذا لا أثر للإجـازه،لأنهـا لا جزء للعله و لا شـرط،بل بالإجازه یکشف و یعلم بالانتقال بالبیع الصادر من الفضولی من حین العقـد،فالمالک الأول لم یؤثر رجوعه شیئا،إذ المعاطاه لزمت بواسطه النقل اللازم الذی کشفت عنه الإجازه.

و یحتمل تأثیر الرجوع،لأنه رجوع قبل تصـرف الأخر،و معنی هـذا أن الإجازه هی الکاشـفه،أی ما لم یکشف بالإجازه لم یتحقق العقد.

أقول:و الحق مع الشیخ فی هـذا التردد،لاـن الجزم فی المقام متعسـر.و لکن الانصاف ان الإجازه لیست کاشـفه مطلقا،بل یشترط کون العقد قابلا للرد و کون الموضوع محفوظا،و لیس الواقع فی المورد کذلک.

و ان قلنا بأن الإجازه ناقله،أو کاشـفه بمعنی الکشف الحکمی أی ترتیب آثار النقل من حین العقد تعبدا فکل أثر أمکن التعبد به فهو و الا فلا فلا أثر للإجازه قطعا،لعدم وجود الملک حتی یجیز.

ص :۱۹۴

و لو تقارن الرجوع و الإجازه فعلى الكشف لا أثر للرجوع، و يحتمل عدم الاثر للإجازه،لأنه مع الرجوع لأملك للثانى حتى يجيز، و على النقل يتعارض الإجازه و الرجوع،و لو أراد المالك الأول الرجوع و الإجازه تقدم.

لو امتزجت العينان

قال الشيخ "قده": و لو امتزجت العينان أو أحدهما سقط الرجوع على القول بالملك،لامتناع التراد . أقول:تاره يكون المزج بحيث ينحفظ معه ملك كل واحد منها، و انما يقع الاشتباه بين الملكين،و أخرى لا يمكن معه تمييز أحد الملكين عن الأخر،و فى الصوره الثانيه يمتنع التراد الخارجى،و ربما يقال بالتراد الملكى،و لكن اعتبار الملكيه هنا بعيد عرفا.

ثمّ المزج تاره يكون مع مال ثالث،و أخرى مع مال المشترى، و ثالثه مع مال البائع.فان امتزج المأخوذ بالمعاطاه بمال ثالث تحققت الشركه بين صاحب المال و الثالث،فيتبدل ملكه المفروز بملك مشاع بين المالين،فلو رجع المالك الأول عن معاطاته فان أراد التراد الخارجى فهو غير ممكن،و ان أراد التراد الملكى فالمفروض عدم صلاحيه المال حينئذ للتميز و التملك ثانيا،و ان أراد التراد فى الشركه فان الشركه لم تكن حاصله بالمعاطاه حتى يرجع فيها،فظهر سقوط الرجوع.

و ان امتزج المأخوذ بالمعاطاه عند المشترى بماله الشخصى، أقول:يعنى انها على القول بالملك بيع تترتب عليه الإثار، عدا ما اختص منها بالبيع العقدى الذى بنى على اللزوم،و أما على القول بالإباحه فالأقوى انها بيع،لكن لم يصححه الشارع و لم يمضه قبل تحقق أحد الملزمات،مع قصدهما البيع و التمليك و بعد الملزم تترتب عليه الإثار عدا ما كان منها مختصا بالبيع الواقع صحيحا من أول الامر.

و بالجمله لا- أشكال فى جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه للسيره و الإجماع،و يتوقف ترتب الإثار على الإباحه مطلقا على تلف أحد العينين أو نحو ذلك،عدا ما كان مختصا بما ذكر.

هذا،و لا معنى لثبوت الخيار فى المورد الذى لا يجب الوفاء فيه ؟

ص :195

فهو یملک بوحده مجموع المالین،فلا شرکه.فلو أراد المعطی الرجوع فی معاطاته لم یمکن التراد الخارجی و لا الملکی لعدم التمییز،و لا الملک بالاشاعه لتغیر سبب الملکیه،و کذا الملکیه نفسها.

و ان امتزج بمال البائع کان المتعاطیان شریکین،لکن هذه الملکیه جاءت بسبب الامتزاج بین المالین،فهی ملکیه مشاعه لکل واحد منهما، و لیس للبائع الرجوع لتغیر سبب الملکیه،فانه حینئذ هو الشرکه بعد أن کان التعاطی.

ثمّ قال الشیخ"قده": و یحتمل الشرکه،و هو ضعیف.

أقول:ان کان وجه الاحتمال التراد أولا بالتراد الملکی ثمّ الشرکه،فقد ذکرنا عدم إمکان التراد لعدم التمییز،و ان کان التراد بمعنی إرجاع النصف المشاع بأن یقال عرفا بأنه رجع ما کان له الیه فهذا لا یمکن التصدیق به.فاحتمال الشرکه ضعیف.

قال الشیخ"قده": أما علی القول بالإباحه فالأصل بقاء التسلط علی ماله الممتزج بمال الغیر،فیصیر المالک شریکا مع مالک الممتزج به.نعم لو کان المزج ملحقا له بالاتلاف جری علیه حکم التلف.

أقول:الامتزاج یوجب الشرکه قهرا،لأنه کان یملک من قبل ماله المفروز،و الآن بعد المزج یشترک مع مالک المال الآخر فی المجموع،فکل واحد منهما یشارک الأخر فی ملکیه کل جزء جزء من مجموع المالین،نظیر ما لو باع الإنسان النصف المشاع من ماله، فانه و المشتری یشترکان فی تملکه مشاعا،و علیه فالامتزاج لیس بحکم التلف.

نعم،لو كـان المزج ملحقا للمال بالاتلاف جرى عليه حكم التلف، كأن يمزج نصف كيلو من الجلاب بعشـره أمنان من اللبن،فانه يجرى عليه حكم التلف لصدقه عليه.

فعلى الإباحه تتحقق الشـركه كما ذكر،و لكل واحد التصـرف فى المال،لقاعده السـلطنه المحكمه فى المقام بلا اشـكال،من دون حاجه إلى استصـحاب السلطنه،بل لا يجرى استصحابها،لان ما كان يملكه سابقا كان مفروزا و الآن مشاع فالموضوع متبدل.فظهر ما فى قوله قده"فالأصل." هذا بناء على التسلط الحكمى.

و أما بناء على التسلط الخارجى فلا تجرى القاعده،لان التصرف فى المال الخارجى يستلزم التصرف فى مال الغير،لفرض الإشاعه فى كل جزء جزء،و لذا نحكم بلزوم الاذن له به من شريكه.كما أن استصحابها لا يجرى فى هذه الصوره أيضا كذلك.

هذا بناء على ان الإباحه للمباح له بمعنى اباحه جميعا التصـرفات، بحيث يسـقط المبيح سـلطنه نفسه على ماله الا من جهه الفسـخ نظير الوكاله، حيث يجعل الوكيل قائما مقامه فى جميع الشـئون،لكن له عزله عن الوكاله،لكن الوكاله لا تنافى اختيار الموكل فى الموكل عليه كما هو واضح.

و أما بناء على كون الإباحه هذه كإباحه الطعام للأكل،فلا مانع من التصـرف من غير توقف على الاذن،و مجرد هذا التصـرف منه مبطل للإباحه كما لا يخفى.

ص :۱۹۷

لو تصرف فی العین تصرفا مغیرا قال: و لو تصرف فی العین تصرفا مغیرا للصوره..فلا لزوم علی القول بالإباحه.

أقول:وجه عدم اللزوم بناء علی القول بالإباحه،هو بقاء الإباحه المعاطاتیه و جواز الرجوع فیها.و یحتمل أن یکون الوجه فی ذلک عدم تغیر المأخوذ بالمعاطاه بتغیر الوصف،بل أهل العرف یحکمون بوحدته، فالاباحه باقیه و له الرجوع عنها.نعم لو رأی المغایره و قال بأن الذی أعطیت و أبحت التصرف فیه کان حنطه و هذا طحین و لیس بحنطه،لم تبق الإباحه البته.

و کیف کان فان التصرف المبیح فی هذا المال جائز،لان له الرجوع عن الإباحه لو کانت باقیه،و مع عدمها فانه ماله،فیکون نظیر الاذن بالتصرف فی ماله خالصا ثمّ امتزاجه بغیره حیث لم یأذن بالتصرف فیه حینئذ.

قال: و علی القول بالملک ففی اللزوم وجهان مبنیان علی جریان استصحاب جواز التراد.

أقول:لقد کان جواز التراد متعلقا بالحنطه،لأنها التی وقعت علیها المعامله،و بعد الطحن یمکن الحکم ثبوتا بجواز التراد لبقاء العینین و لو مع تغیر حالهما،و یمکن الحکم بجوازه فی حال بقائهما علی حالهما.

ص :۱۹۸

و مع الشک فی کیفیه الحکم إثباتا یتوقف جواز التراد علی جریان استصحابه حال کون المأخوذ متغیرا فی صورته.

قال: و منشأ الاشکال أن الموضوع فی الاستصحاب عرفی أو حقیقی.

و أورد علیه فی منیه الطالب:بأن استصحاب جواز التراد معارض باستصحاب بقاء سلطنه المباح له و استصحاب بقاء المسمی علی العوضیه، و لیس بینهما سببیه و مسببیه،لکون کل منهما مسببا عن نحو الجعل الشرعی ثبوتا.

أقول:علی القول بعرفیه الموضوع و تم الاستصحاب أمکن القول ظاهرا بسببیه بقاء الجواز الفعلی لخروج الملک،فلو رجع عاد الملک و الا فلا.نعم یبقی علیه أنه اذا کان هذا الاستصحاب نظیر استصحاب الکلی،بأن یقال:ان کان المراد هو الجواز المقید فقد زال قطعا،و ان کان المراد الجواز غیر المقید بتغیر الصوره فهو باق قطعا.فالحکم نفسه یدور أمره بین الأمرین،فلو أردنا اجراء الاستصحاب لزم استصحاب الجامع و ترتیب آثاره،لکن استصحاب جامع الحکم و کلیه فیه اشکال و خلاف.

و الانصاف عدم ورود هذا الاشکال لعدم المعارضه،لان جواز التراد أثره الشرعی فی الحقیقه کون المال ملکا له بالرد،لان هذا معنی الجواز.

هذا،و لا یرد علی الشیخ "قده"الاعتراض بعدم الفرق بین الطحن

و المزج،حيث قال باللزوم فى الثانى بناء على الملك بخلاف الأول فاحتمل فيه الوجهين،و ذلك لامتناع التراد هناك بخلاف المقام، فالفرق معلوم.

ثمّ انه بناء على التراد لأوجه للضمان بالمسمى لو فرض تنزل قيمه الشيء بتغير صورته خلافا لبعضهم حيث حكم بذلك.

قال الشيخ"قده": ثمّ انك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير الفسخ فى العقود اللازمه حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط.

أقول:ان جواز الرجوع فى المعاطاه ليس كالفسخ فى العقود، لان الفسخ حق لذى الخيار،و أما فى المعاطاه فان الرجوع و التراد حكم،فلا يورث بالموت.فلو مات أحد المتعاطيين لم يكن لوارثه الرجوع فيها،كما انه لا يسقط بالإسقاط كسائر الاحكام،فهو نظير الرجوع فى الهبه،فانه لا يسقط بالإسقاط،و للواهب الرجوع فيها ما دامت العين موجوده.

هذا على القول بالملك،و أما على القول بالإباحه فهو نظير الرجوع فى اباحه الطعام للأكل،بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطنى من المالك.

و فيما اذا مات أحد المتعاطيين و انتقل المأخوذ بالمعاطاه إلى وارثه،لم يكن للمالك الأول الرجوع بناء على القول بالملك لأنه و ان كان له الرجوع سابقا،لكن جواز التراد له كان بالنسبه إلى

طرفه الـذى ملكه بالمعاطـاه،و الوارث قـد ملـك العين بالإـرث،نظير مـا إذا بـاع أحـدهما مـا بيـده لثالث،فانه ليس للأول مراجعه الثالث،لأنه قد ملكها بالبيع و الشراء،و قد كان جواز التراد الثابت له بالنسبه إلى طرفه الذى ملكه اياها بالمعاطاه.

و أيضا فان"التراد"يتقوم برد الملك من الطرفين،و المفروض موت أحدهما،و انتقال ملكه إلى الوارث،فالموضوع منتف.

لو جن أحد المتعاطيين

قال الشيخ"قده": و لو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين.

أقول:لو جن أحـد المتعـاطيين،فعلى القول بالملـك قيـل يشترط فى بقـاء جواز الرجوع عـدم تغير وصف المتعاطيين أو أحـدهما كالمالين فلو جن لم يجز.وفيه نظر،و استصحاب جواز الرجوع موجود، غير أن المباشر به هو وليه.

و أمـا على بالإبـاحه ففيه اشـكال بنـاء على مختار الشـيخ"قـده" من أنه كالأذن فى أكل الطعام،إذ لا اشـكال فى بطلان الاذن فى الأكل بالجنون،و حينئذ ليس لوليه الاذن من جهه المعاطاه،و كذا جميع العقود الاذنيه.و هل لوليه التصرف فى مال الأخر حينئذ ؟ فيه اشكال،لان الإباحه اذا بطلت من طرف بطلت من الطرف الأخر،لأنها اباحه فى مقابل اباحه.

ص :٢٠١

هذا بناء على الإباحه المالكيه،و أما بناء على الإباحه الشرعيه فيمكن أن يقال:ان الشارع جعل حكم الإباحه للمتعاطيين بأن يكون مال كل منهما مباحا للآخر،فان كان تغير وصفهما أو أحدهما مانعا من الرجوع فهو و الا فلا مانع،و لو شك استصحب جواز الرجوع،و ليست المباشره فيها شرطا،فلوليه ذلک.

ص:٢٠٢

الامر السابع (هل المعاطاه اللازمه بيع او معامله مستقله ؟)

و هل تكون المعاطاه اللازمه بأحد الأمور المذكوره بيعا أو تكون معاوضه مستقله ؟ قال الشهيد الثانی "قده": يحتمل الأول،لان المعاوضات محصوره و ليست هذه أحدها،و كونها معاوضه برأسها يحتاج إلی دليل.و يحتمل الثانی،لاطباقهم علی أن المعاطاه ليست حال وقوعها بيعا،فيكف تصير بيعا بعد التلف.

قال الشيخ "قده":و هذا يتم بناء علی القول بالإباحه،و أما علی القول بالملك فانه من أول الامر بيع يفيد الملك المتزلزل،فإذا لزم بتحقق أحد الملزمات ترتبت عليه آثار البيع من الخيارات و غيرها.

اللهم الا ما كان مختصا منها بالبيع اللازم من أول الامر.

أقول:و علی الإباحه فان كانت من طرف واحد فلا معاوضه،و ان

کانت من الطرفین فهی معاوضه،و هل هی بیع ؟ لقد تقدم أن البیع مبادله مال بمال،و هذه لیست کذلک،فتکون معاوضه مستقله،لکن المعاوضات محصوره و لیست هذه إحداها،فتکون ملحقه بالبیع.

و یجری النزاع علی القول بالإباحه بناء علی حصول الملکیه آنا ما قبل التلف و نحوه لان التضمین بالمسمی تتحقق به المعاوضه،و لکن هل هو بیع ؟ یمکن أن یقال بأنه بیع،و ذلک لتحقق ملاکه هنا، و یمکن أن یقال بأن التملیک یجب أن یکون بالإنشاء و لا یکون التلف مملکا.

هذا،فان کانت الإباحه مالکیه من الطرفین فلیست بیعا،بل هی معاوضه مستقله،و یمکن دعوی لزومها بعد التلف للسیره القائمه علی التضمین بالمسمی بالتلف.نعم یجری البحث المذکور فیما اذا قلنا بالملکیه آنا ما قبله.

و ان کانت الإباحه شرعیه،فان قلنا بأن الشارع یصحح و یمضی ما قصداه و هو التملیک عند التلف فانه بیع و تترتب علیه الإثار (فکأن الشارع یشترط فی نفوذ مقصودهما تحقق أحد الملزمات،نظیر شرطیه القبض فی المجلس فی الصرف و السلم).

اللهم الا أن یقوم دلیل علی ثبوت خیار فی البیع اللازم من حین الانعقاد.

قال الشیخ "قده":.. عدا ما استفید من دلیله ثبوته للبیع العقدی الذی مبناه علی اللزوم لو لا الخیار.

أقول:أی لأنه لیس هنا بیع عقدی بل معاطاه،و هی جائزه لا لازمه شرعا.

ص :۲۰۴

قال: و قد تقدم أن الجواز هنا لإيراد به ثبوت الخيار.

قال المحقق الأصفهانى"قده":وفيه أن الجواز المقابل للزوم حيث أنه فيها بمعنى جواز التراد فقط،فهى لازمه فى قبال جواز فسخ السبب،فتندرج تحت عنوان البيع اللازم لو لا الخيار.

أقول:ان كان التراد نظير الأخذ بالشفعه حيث يتملك الشفيع و لا يفسخ معامله شفيعه البائع فيكون لازما و يأتى فيه الخيار.صح كلامه"قده"،للفرق بين جواز الفسخ و جواز التراد.الا أنه قد تقدم أن الدليل ان استفيد منه كونه فى البيع الذى مبناه على اللزوم لو لا الخيار لم يثبت الخيار،إذ لا اثر لجعله فى مورد يجوز فيه التراد.

قال الشيخ"قده": و كيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحه بيع عرفى لم يصححه الشارع و لم يمضه الا بعد تلف..

ص :٢٠٥

و لـذا نقـول ان عبـاره الشـيخ "قـده"توضـيحيه.نعم يمكن أن يقـال بصـحه جعله فى مـورد يكون فيه اللزوم،سواء بالـذات كـالبيع العقدى،أو بالعرض كالمعاطاه التى تلزم بالتلف.

و المحكى عن حواشـى الشـهيد ان المعاطـاه معـاوضه مسـتقله جـائزه أو لاـزمه.وفيه:ان القائـل بـاللزوم يقول بأنهـا بيع،فلاـ تكون معاوضه مستقله.نعم لعله يريد الجواز قبل التلف و اللزوم بعده.

و ذكر الشيخ "قده"تنزيل كلامه على القول بالإباحه،ثمّ حمل "اللزوم"على"الإباحه اللازمه"،و لا تلازم بين القول باللزوم و إفاده الملك..فهو عقد مستقل لا يفيد الملك،فان لزم كانت اباحه لازمه.

و قد أورد عليه بأنه بناء على هذا كيف يتصرف فيه التصرفات الموقوفه على الملك ؟ فلا بد من القول بأنه بيع يفيد الملك.

و قـد يجاب بالالتزام بالملكيه آنا ما قبل التصـرف،و لكن هذه الملكيه حاصـله لا بالمعامله،بل بسـبب نفس التصـرف و الاذن فيه بمعنى ان الاذن فى التصرف الموقوف على الملك اذن فى التملك قبل التصرف.

الامر الثامن (فی أثر الإنشاء القولی غیر الصحیح)

اشاره

لاـ أشكال فی تحقق المعاطاه بما اذا تحقق إنشاء التملیک أو الإباحه بالفعل،و هو قبض العینین و اقباضهما من الطرفین،کما لا أشكال فی تحقق البیع بالإنشاء القولی الجامع للشرائط المعتبره.

أما لو أنشأ بالقول غیر الصحیح فهل یترتب علیه الاثر کالانشاء بالصحیح ؟ و ان لم یکن کالصحیح فهل یکون کالفعل بأن تکون المعاطاه أعم حکما من الفعل و القول غیر الصحیح ؟ و ان کان کالمعاطاه فهل یشترط القبض و الإقباض بعد القول کما هو فی المعاطاه أولاـ یشترط ؟ او أنه لاـ یترتب علی القول غیر الصحیح شیء أصلا ؟ قال الشیخ بأنه بیع عرفی،و القدر المتیقن من الإجماع علی اشتراط اللزوم بالقول وجود اللفظ،فهو بیع عرفی لفظی،و یترتب علیه الاثر کالعقد الصحیح.

ص :٢٠٧

و ذهب المشهور إلى اشتراط وجود اللفظ الصحيح الجامع للشرائط المعتبره،فلا يفيد الملك اللازم،فهل يفيد الملك المتزلزل كالمعاطاه او أنه باطل ؟ قال جماعه بالأول،منهم المحقق الثانى فى صيغ العقود،قال:لو وقع العقد بغير ما ذكر كان معاطاه،أى سواء حصل القبض و الإقباض أولا،و فى الروضه الأخرس يترتب على إشارته حكم المعاطاه.

و قيل:انه عقد فاسد،و المأخوذ به فيه الضمان كسائر العقود الفاسده.

و قد أورد المحقق الخراسانى "قده" على قول الشيخ:"فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشىء زائد على الإنشاء اللفظى كما قويناه سابقا، فلا اشكال فى صيروره المعامله بذلك عقدا لازما"فقال:بأنه خلف للفرض،لأنه ان كان فاقدا لشرائط اللزوم لم يبق مورد لقولكم "فان قلنا."و الا فهو لازم.

قال:ثمّ ان الفاقد لشرائط اللزوم ان كان واجدا لجميع ما يعتبر فى الصحه عند الجميع فلا يعقل أن يحتمل أن يكون من باب المعاطاه التى هى محل الخلاف،و ان كان فاقدا لبعض ما يعتبر فيها كذلك فكذلك،و ان كان فاقد لبعض ما يعتبر عند البعض دون الأخر فيكون فاسدا عند من اعتبره و صحيحا عند غيره فكذلك أيضا.فلا وجه للترديد المذكور.

أقول:ظاهر عباره الشيخ بقرينه قوله"و ان قلنا بمقاله المشهور"

انه أراد من قوله اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم هو غير الجامع على المشهور.و عليه فاندفاع هذا الإيراد ظاهر،لان الشيخ"قده"يريد أنه على تقدير عدم اشتراط غير اللفظ للزوم كما هو المختار لو فقد اللفظ الصحيح كان العقد لازما،أى أن العقد الفاقد للفظ الصحيح يترتب عليه الاثر كالواجد،فلا خلف.و اما بناء على اعتبار أمور غير اللفظ فى اللزوم كما عليه المشهور فما هو مقتضى القاعده لو فقد اللفظ الصحيح ؟.

ثمّ قال المحقق المذكور:و انما يصح الترديد فى تمشيه النزاع و الخلاف فى الإنشاء القولى فيما اذا جعل المحل الإنشاء بصيغه كذا أو بغير صيغه كذا،فيصح حينئذ أن يردد فى أنه كالانشاء بالمعاطاه.

أقول:ان الشيخ"قده"لما يقول:هل هو كالمعاطاه أولا ؟ لا يقصد فرض الصحه أو فرض عدمها،فليس لكلامه مفهوم،بل يريد أنه مع فقده لشرائط اللزوم هل يكون كالمعاطاه أى هو صحيح أو هو فاسد ؟ و بعباره أخرى:انه مع عدم اللزوم هل الصحه موجوده فيكون كالمعاطاه أو الصحه منتفيه أيضا ؟ فليس البحث مع العلم بوجدانه شرائط الصحه أو فقده لها حتى يرد اشكاله ثمّ يقول:و انما يصح الترديد.

و قد أجاب المحقق الأصفهانى"قده"عن الاشكال بأن الشيخ لا يجعل فى هذا الكلام شرائط اللزوم عنوانا،بل هو معرف.فمراده من فقدان شرائط اللزوم انه ان وقعت الصيغه لا بلفظ الماضى مثلا

فهل يكون العقد هذا كالمعاطاه أو لا ؟ أقول:لقد وجه هذا المحقق عباره الشيخ بحيث يرتفع الاشكال عنها،و يكون مراده كمراد المحقق الخراسانى فى قوله"و انما يصح." لكن جعل "شرائط اللزوم"معرفا لا عنوانا خلاف الظاهر.

ثمّ انه لا يصح الجمع بين كلام المحقق الثانى و الروضه و بين القول بفساد هذا العقد و كونه المأخوذ به مضمونا عليه،بأن يقال بأن الأول ناظر إلى المورد الواجد لسائر الشرائط الا الإنشاء الصحيح، و الثانى إلى ما ليس كذلك،و وجه العدم أن الحكم بالفساد فى القول الثانى جاء بعد ذكر شرائط العقد.

و ربما يجمع بينهما بأن القائل بأنه معاطاه يقول به فى صوره تحقق الإعطاء من الطرفين و لو مبنيا على العقد،أى بقصد الوفاء به مع الرضا بالتصرف لو علما أو علم أحدهما بالفساد،و القائل بالبطلان يقول به فى صوره كون الرضا بالتصرف مقيدا بصحه العقد و نفوذه.

و قد أشكل عليه الشيخ"قده"بأن الرضا بعد العقد ان كان بعنوان التعاطى فهو معاطاه جديده و أثرها الإباحه،فيكون الإنشاء حينئذ بلا أثر و ان كان بعنوان الوفاء بالعقد فلا أثر للرضا.

أقول:على أنه لا يخلو من تناقض،لأنه مع العلم بالفساد كيف تكون المعامله صحيحه ؟ هذا ان أراد المعامله السابقه،و ان أراد من المعامله الصحيحه معامله جديده فهو خروج عن البحث.

ص:٢١٠

قـال المحقـق الخراسـانى:يمكن أن يكـون المراد من الصـحه أولا ـ هـو صـحه العقـد،و اذا انتفت هـذه الصـحه تمت صـحه الـبيع المعاطاتى.

أقول:و هذا الحمل خلاف صـريح العباره،فان مراده من انتفاء الصـحه هو انتفاء الملكيه لا انتفاء صـحه العقد.و لكن كلامه"قده" صحيح فى حد نفسه،و هو نفس كلام السيد"قده"فى وجه الجمع الأتى ذكره.

قال السـيد ما ملخصه:انه ان باع بالصـيغه الفاقـده للشـرائط و كان مقصوده إيجاد البيع اللازم و لـذا اختار البيع بالصـيغه دون البيع بالفعل كان عقـدا غير لازم عنـد المشـهور،و كان المأخوذ به كالمأخوذ بالعقـد الفاسـد،و ان باع و أنشأ العقـد كـذلك لكنه غير قاصـد للزوم بل أنشأ التمليك فقط لم يكن مانع من الصـحه،لان القدر المتيقن من مذهب المشـهور عدم اللزوم،فهو بيع صـحيح متزلزل.

قال الشيخ"قده": و تفصيل الكلام..

أقول:مورد البحث مـا اذا أنشـأ المتعاملا ـن بالعقـد الفاقـد لبعض شـرائط الصـيغه و حصل تقابضـهما.فان كان التقابض منهما أمرا مسـتقلا عن الإنشاء الناقص الصادر منهما أفاد المعاطاه و ترتب عليه الاثر،لان سـبق عقد باطل غير ضار به و ان كان بعنوان الوفاء بالعقـد مع جهلهمـا ببطلا ـنه،أو علمهمـا به و لكن فعلا ـه تشـريعا كـان مورد الكلام فى ترتب أثر المعاطاه و عـدمه مطلقا أو على تقدير.

تـاره يكـون التقـابض مع الرضـا بالتصـرف من الطرفين مبنيـا على حصول التمليـك و التملـك بسـبب العقـد و وفـاء به جهلاـ أو تشريعا،و هذا لا يترتب عليه أثر المعاطاه،بل حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

و أخرى يكـون التقـابض و الرضـا،لكن الرضـا منهمـا مطلـق أى سواء أفـاد العقـد السـابق شـيئا أو لاـ و بـدون قصـد للتمليـك و التملـك،فهل يترتب عليه أثر المعاطاه ؟ قيل:بكفايه هـذا الرضا،لعموم"لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه"و انما لـم يتمسك بأدله البيع لأـنه ليس ببيع و لكن هـل مجرد طيب النفس كـاف لحصول الملكيه حتى يتمكن من التصـرفات الموقوفه عليهـا ؟ التحقيق عدم افاده الاستثناء لهذا العموم،بخلاف الجمله المستثنى منها.و عليه فطيب النفس يؤثر فى التصرفات غير الموقوفه على الملك.

اذن لاـ مـانع من القول بـأن الإقبـاض مع الرضا كالمعاطاه و ترتيب أثرها عليه ان أريـد منه الإباحه المالكيه،و أما لو أريـد الإباحه الشرعيه فلا،فلا يترتب جميع أحكام المعاطاه من كون ملزماتها ملزمه هنا، و نحو ذلك.

لكن الشيخ"قده"لم يستبعد ذلك،و قد جعل المورد نظير التصرف فى الماء واخذ البقل من الدكان و وضع الثمن فى الكوز.

و الانصاف انه مشـكل،و الفرق بين الموردين واضح،لوجود الإنشاء هناك من طرف،و لاحتمال التوكيل بالتصرف.بخلاف الامر فى المقام كما لا يخفى.

ص :٢١٢

تذنيبان

(الأول)لم يتعرض الشيخ "قده" لحكم نماء المأخوذ بالمعاطاه و قد تعرض له السيد "قده"،فنقول:أما على القول بالملك فلا اشكال فى أنه للأخذ،فلو فسخ لم يكن له استرجاع النماء المنفصل،و أما المتصل فان كان من قبيل السمن فيعود تبعا للعين بالفسخ إلى المالك الأول كما هو الحكم فى البيع الخيارى و ان كان من قبيل الشعر و اللبن ففيه قولان،و لو شك فالأصل عدم العود إلى المالك الأول.

و أما على القول بالإباحه فلا اشكال فى ان النماء للمالك الأول مطلقا.

(الثانى)قيل بالفرق بين المعاطاه فى البيع و المعاطاه فى القرض بعدم الاشكال فى الأول بخلاف الثانى فلا بد من أن يكون بالصيغه و الا لم يتملك المأخوذ.

أقول:ان أريد أن أدله المعاطاه تجرى فى كل مورد كان فيه العطاء من الطرفين،فلا تشمل المورد الذى يكون فيه أحدهما معطيا و الآخر آخذا،فيمكن قبول الفرق بين البابين.و عليه لا تجرى فى بيع النسيئه أيضا لعدم التعاطى من الطرفين.

و ان أريد غير ذلك فلا فرق بين البابين من جهه أخرى أصلا، و الآثار كلها مترتبه على القرض المعاطاتى.

ص :۲۱۳

قال الميلانى:هذا آخر الجزء الأول من الكتاب،و نسأل الله عز و جل أن يطيل بقاء سيدنا الأستاذ و ان يوفقنا لمزيد الاستفاده من محضره الشريف.وصلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين.

و آخر دعوانا أَنِ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِينَ .

ص :۲۱۴

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب علی موقع القائمية ويمكن تحميلها علی الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز القائمية اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩